

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

# **EL DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

**Miguel Ángel Serrano Ruiz**

**Director: Profesor Dr. D. Francisco José Infante Ruiz**

**Sevilla, 2016**



*Al profesor Francisco José Infante Ruiz, sin su dirección y sus valiosos consejos este trabajo no habría sido posible.*

*A mi madre, Ana Ruiz Aibar, por toda su dedicación y cariño a lo largo de todos estos años. Tu apoyo ha sido fundamental.*

*A mis abuelos maternos, José Ruiz Romero y Mercedes Aibar Vargas, su recuerdo siempre pervivirá en mi persona.*

*A mis dos amigos y compañeros de licenciatura en esta casa, Vivek-Vijay Sadhwani Sadhwani y Sergio Ruiz Carnicer, por todas las horas de clase y estudio que hemos compartido.*

*Y por último, pero no por ello menos importante, a la persona que lo es todo para mí, a mi pareja y compañera de viaje Concepción Martín Martín-Mora. Nunca sabré cómo agradecerte que siempre estés a mi lado y la ayuda que me has prestado durante el desarrollo de este trabajo. Gracias a tu amor y cariño todo tiene sentido.*



## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	9
-------------------	---

### **CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FIGURA DEL DAÑO MORAL.....14**

1.1 Derecho Romano: La <i>iniuria</i> .....	14
1.2 Reconocimiento del honor en las Siete Partidas .....	19
1.3 El daño moral en la etapa codificadora: El Proyecto de Código Civil de 1851 de GARCÍA GOYENA .....	23
1.4 Antecedentes históricos del artículo 18 de la Constitución Española .....	29
1.5 Recapitulaciones sobre los antecedentes históricos de la figura del daño moral .	36

### **CAPÍTULO 2. EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN EL DERECHO COMPARADO .....39**

2.1 Sistemas de <i>common law</i> .....	39
2.1.1 Tratamiento del daño moral en los principales sistemas de <i>common law</i> .....	39
2.1.1.1 Reino Unido .....	39
2.1.1.2 Estados Unidos .....	47
2.1.2 Casos especiales .....	52
2.1.2.1 Código Civil de Luisiana.....	52
2.2 Sistemas de <i>civil law</i> .....	57
2.2.1 Principales sistemas jurídicos europeos .....	57
2.2.1.1 Francia .....	57
2.2.1.2 Italia.....	62
2.2.2 Ordenamientos latinoamericanos en los que se contempla de forma expresa el daño moral por incumplimiento de contrato .....	70
2.2.2.1 Perú.....	70
2.2.2.2 Argentina .....	74
2.2.2.3 Paraguay .....	80
2.2.2.4 Cuba.....	83
2.2.2.5 México .....	86
2.3 Recapitulación y comparativa del tratamiento del daño moral contractual en los diferentes ordenamientos.....	92

### **CAPÍTULO 3. REFERENCIAS LEGALES AL DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL .....96**

3.1 Nota aclaratoria .....	96
3.2 Daños al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: Ley orgánica 1/1982.....	96
3.2.1 Daños resultantes de uso incorrecto de datos personales: Ley Orgánica 15/1999 .....	109

3.3 Artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.....	115
3.4 Daños causados por conductas discriminatorias: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad y Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.....	121
3.5 Responsabilidad civil derivada de delito.....	129
3.5.1 Libro I, Título V del Código Penal.....	129
3.5.2 Daño moral causado por menores de edad.....	134
3.5.2.1 Responsabilidad civil en mayores de 14 años: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.....	134
3.5.2.2 Responsabilidad civil por actos cometidos por menores de 14 años, por actos realizados por menores de edad no tipificados como delito y por actos dañosos efectuados por mayores de edad en patria potestad prorrogada: artículo 1903 CC.....	143
3.5.2.3 Daños contractuales. Valoración de la comisión de daño moral por incumplimiento de contrato por un menor de edad ..	154
3.6 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).....	157
3.7 Convención de Viena.....	161
3.8 Referencias a daños en el Derecho foral.....	166
3.8.1 Derecho civil foral del País Vasco .....	166
3.8.2 La Compilación y el Código Civil de Cataluña .....	168
3.8.3 Derecho civil de Galicia .....	171
3.8.4 Código del Derecho Foral de Aragón .....	173
3.8.5 Fuero Nuevo de Navarra.....	175
3.9 Observaciones.....	179

#### ***CAPÍTULO 4. LA DIFICULTAD DE UNA CONCEPCIÓN UNÍVOCA DE DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....***

4.1 El incumplimiento contractual en el Derecho Civil español.....	182
4.1.1 Noción de incumplimiento .....	182
4.1.2 Sistema de remedios frente al incumplimiento.....	187
4.1.3. Indemnización de daños .....	195
4.1.4 Dificultades generales en el sistema actual de incumplimiento.....	201
4.2 Tratamiento del daño moral en la Propuesta de Modernización del Código Civil. 205	
4.3 Categoría conceptual de daño no patrimonial.....	212
4.4 El sujeto pasivo del daño moral. El daño moral en el marco de las personas jurídicas .....	218
4.4.1 Planteamiento.....	218
4.4.2 El daño moral en el marco de las personas jurídicas .....	221

4.5 Indemnización del daño moral en el Derecho español.....	227
4.5.1 Principales problemas en la calificación del daño moral en el Derecho español .....	227
4.5.1.1 Discusión sobre la clasificación del daño moral por incumplimiento del contrato como daño contractual o extracontractual.....	227
4.5.1.2 Identificación del daño .....	235
4.5.1.2.1 Problemas de prueba .....	235
4.5.1.2.2 Problemas de valoración. Objeciones a la reparación pecuniaria de los daños morales .....	240
4.5.1.2.3 Dificultad en la valoración del daño moral mediante un sistema de baremos.....	243
4.6 Transmisión <i>mortis causa</i> de la reclamación del daño padecido.....	251

## **CAPÍTULO 5. ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LOS INSTRUMENTOS DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO .....**

5.1 Principios Europeos de los Contratos ( <i>Principles of European Contract Law</i> ) .....	255
5.2 Principios Europeos de Responsabilidad Civil ( <i>Principles of European Tort Law</i> )..	260
5.3 Borrador del Marco Común de Referencia ( <i>Draft Common Frame of Reference</i> ) .....	264
5.4 Principios UNIDROIT .....	267
5.5 Propuesta de Reglamento de Derecho Común de Ventas en Europa ( <i>The Common European Sales Law</i> ).....	274
5.6 Conclusiones en relación con la regulación del daño moral contractual en los instrumentos de modernización del Derecho privado .....	278

## **CAPÍTULO 6. LA CONSIDERACIÓN DEL DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA .....**

6.1 Introducción.....	280
6.2 Grupos de casos tratados por la jurisprudencia española.....	281
6.2.1 Daño moral por pérdida de viaje y/o vacaciones .....	281
6.2.1.1 Retraso de vuelo .....	281
6.2.1.2 Pérdida de equipaje .....	289
6.2.1.3 Frustración de viaje combinado .....	292
6.2.1.4 Cierre del espacio aéreo español en diciembre de 2010....	296
6.2.2 Daño moral por incumplimiento de contrato en materia de propiedad intelectual .....	305
6.2.3 Daño moral por incumplimiento de servicios funerarios .....	309
6.2.4 Daño moral por pérdida de oportunidad de abogado y procurador .....	314
6.2.5 Daño moral por contrato de cambio de moneda .....	318
6.2.6 Daño moral por defectos y vicios de construcción de inmueble.....	322
6.2.7 Daño moral en el Derecho de familia .....	334

6.2.7.1 Supuestos tratados por los tribunales españoles.....	334
6.2.7.1.1 Incumplimiento de los deberes conyugales. Daño moral por infidelidad .....	334
6.2.7.1.2 Daño moral por ocultación de paternidad ....	342
6.2.7.1.3 Daño moral por privación indebida de visitas a los hijos .....	347
6.2.7.2 Daño moral por incumplimiento de acuerdos o pactos conyugales.....	351
6.2.8 Incumplimiento del contrato de servicios médicos.....	356
6.2.8.1 Responsabilidad extracontractual, contrato de arrendamiento de servicios, contrato de obra. Doctrina de la unidad de la culpa civil.....	356
6.2.8.2 La prueba en los daños médicos .....	372
6.2.8.3 Vías de reclamación: sanidad pública .....	381
6.2.8.4 Daño moral por incumplimiento de contrato de servicios médicos en los casos <i>wrongful conception</i> , <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> .....	384
6.2.9 Daño moral por incumplimiento de auditor de cuentas .....	391
6.2.10 Daño moral por incumplimiento de contrato de seguro .....	398
6.2.11 Daño moral por incumplimiento de contrato laboral .....	401
6.2.12 Daño moral por incumplimiento de compraventa mercantil .....	410
6.3 Puntos clave del tratamiento e interpretación del daño moral por incumplimiento del contrato en la jurisprudencia española.....	413
6.3.1 Indemnizaciones simbólicas .....	413
6.3.2 La utilización de la indemnización del daño moral como pena o resarcimiento. La función compensatoria del daño moral.....	415
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>420</b>
<b>TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA.....</b>	<b>425</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>447</b>



## INTRODUCCIÓN

El daño moral constituye hoy en día una realidad innegable que ha sido objeto de múltiples estudios por los tribunales y por la doctrina de diferentes países. Sin embargo, la figura del daño moral dista de presentar un desarrollo hermético y pacífico entre aquellos autores y tribunales que en algún momento decidieron adentrarse en el análisis de la misma, siendo una muestra esclarecedora de tales controversias el título de la obra de 2008 *El escándalo del daño moral* cuya autoría corresponde al profesor DÍEZ-PICAZO.

La materia objeto de este trabajo no constituye una excepción a la evolución y controversia originada en torno a la figura de los daños extrapatrimoniales, es más, el reciente reconocimiento del daño moral en su vertiente contractual, pues no olvidemos que no será hasta el 9 de mayo de 1984 cuando por primera vez el Tribunal Supremo español entre a analizar el daño moral originado por un incumplimiento de contrato, en contraposición al daño moral extracontractual que lleva siendo estudiado por el Alto Tribunal desde la publicación de su Sentencia de fecha 6 de diciembre de 1912, favorece aún más si cabe el entorno de discrepancia de opiniones y la evolución del tratamiento de la figura del daño moral que hemos mencionado. Pensemos que una prueba objetiva de lo indicado es la diferencia de años existente entre el inicio del desarrollo jurisprudencial de estos daños en su vertiente contractual con respecto a la extracontractual que, inevitablemente, ha supuesto un comienzo más tardío en su estudio doctrinal.

Pocas personas pueden dudar de que situaciones tales como el llegar a un aeropuerto y encontrarse que la compañía aérea con la que se había contratado un desplazamiento niegue la realización del mismo, viéndose frustrado así el propósito del viaje contratado (unas vacaciones, una luna de miel, visitar a un familiar enfermo, acudir a una entrevista de trabajo, etc.), por causas tan poco comprensibles para el consumidor como meras políticas económicas o de empresa, o por el abandono masivo de unos empleados públicos de sus puestos de trabajo, o que al realizar cambios de moneda nacional a moneda extranjera la divisa entregada por la entidad en la que se realice el cambio sea falsa y esto suponga la detención de la persona que usa dicha moneda por los cuerpos de seguridad del Estado extranjero en el que se hace uso de la misma, sean situaciones de total actualidad que puedan infligir a quienes las soportan daños de naturaleza no patrimonial o emocional. Por ello, resulta necesario un estudio en profundidad del tratamiento que el sufrimiento moral originado en tales circunstancias ha sido otorgado tanto por los tribunales como por los autores que han analizado estas situaciones, pudiendo englobarse estos daños en el concepto de daño moral por incumplimiento del contrato.

Para poder desarrollar la investigación de todo el elenco de casos que pueden originar daños no patrimoniales ocasionados por un incumplimiento contractual, se ha optado por dividir este trabajo en seis capítulos, empleando como metodología de estudio el análisis de la principal doctrina y jurisprudencia existente en relación con los puntos tratados.

Estos seis capítulos a su vez confluirán en unas conclusiones numeradas relativas al tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal actual otorgado al daño moral contractual, así como la posible y deseable evolución en el tiempo que, conforme a la investigación realizada, consideramos que debería presentar esta figura.

Este trabajo comienza en su capítulo primero con un análisis de los principales antecedentes históricos del daño moral, tratando el desarrollo de los daños no patrimoniales en el Derecho romano, en las Siete Partidas, en la etapa codificadora (con especial referencia al Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA de 1851), y en los orígenes históricos que posee la redacción del artículo 18 de la Constitución española de 1978, con el propósito de intentar esclarecer la posible influencia que el desarrollo normativo en las etapas históricas señaladas pueda haber tenido en el tratamiento actual del daño moral por incumplimiento del contrato.

Seguidamente, en el capítulo segundo se realiza un estudio del tratamiento del daño moral por incumplimiento del contrato en algunos de los principales Estados pertenecientes tanto a sistemas de *common law* como de *civil law*, estudiando la evolución que ha presentado el tratamiento de estos daños e incluyendo en el análisis de los sistemas de *civil law* ordenamientos jurídicos en los que desde la etapa codificadora ha imperado el principio de reparación íntegra del daño (Francia), otros países en los que se optó por mostrar en un comienzo una reticencia tanto por parte de los tribunales como del legislador y de la doctrina hacia la indemnización de los daños extrapatrimoniales (Italia), así como todos aquellos ordenamientos sudamericanos en los que el legislador se ha decantado por incluir en las modificaciones de sus Códigos Civiles al menos la posibilidad de indemnizar por el padecimiento de daño moral por incumplimiento de contrato. Este capítulo finaliza con una recapitulación y comparativa que el tratamiento del daño moral contractual posee en estos ordenamientos jurídicos.

Tras el estudio de Derecho comparado comprendido en el capítulo segundo, el capítulo tercero se ha dedicado a las escasas referencias legales al daño moral efectuadas en el Derecho positivo español, pues resulta del todo imprescindible valorar la mínima regulación de la que el legislador nos ha brindado sobre los daños extrapatrimoniales.

Debido a la escasa regulación normativa del daño moral que caracteriza al Derecho español, en el capítulo cuarto se analiza la dificultad de lograr una concepción unívoca del daño moral por incumplimiento del contrato, pues uno de los primeros obstáculos que plantea el daño moral se encuentra en la falta de una regulación expresa en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, cuestión, por lo demás, absolutamente lógica habida cuenta del contexto histórico del Código español, lo que provoca dificultades tanto en la obtención de una definición del daño moral como en la delimitación del contenido del mismo. Por ello, ha sido preciso incluir puntos como el tratamiento del daño moral en la Propuesta de Modernización del Código Civil; la categoría conceptual de daño no patrimonial; el sujeto pasivo del daño moral (realizando una especial referencia a la persona jurídica); así como una mención a los problemas de prueba y valoración intrínsecos

a la naturaleza de estos daños y que han sido utilizados en ocasiones como críticas al resarcimiento económico de los mismos.

Una vez esclarecido el tratamiento legal que nuestro ordenamiento jurídico confiere a la figura del daño moral, el capítulo 5 ha sido destinado al análisis de los siguientes instrumentos de modernización del Derecho privado: los Principios Europeos de los Contratos (*Principles of European Contract Law*), los Principios Europeos de Responsabilidad Civil (*Principles of European Tort Law*), el Borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), los Principios UNIDROIT, y la Propuesta de Reglamento de Derecho Común de Ventas en Europa (*The Common European Sales Law*).

Sobre todos los instrumentos de modernización del Derecho privado mencionados, podemos adelantar que, de distinta forma, contemplan el resarcimiento de daños no patrimoniales nacidos del incumplimiento de una obligación contractual.

Como ejemplo de esta afirmación, es posible señalar que THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW ha optado por incluir en el artículo 9:501 de los Principios Europeos de los contratos que entre los daños indemnizables se encuentren incluidos los daños no pecuniarios, como en los principios UNIDROIT cuyo artículo 7.4.2 (2) menciona expresamente que el daño puede ser no pecuniario, mientras que ACQUIS GROUP ha preferido completar el artículo 3:701 del Borrador del Marco Común de Referencia, además de con una mención a los daños no económicos, con una inclusión de una mínima aclaración en relación a que pueden corresponder los daños no económicos contemplados en este artículo.

Tal parece ser la predisposición de los instrumentos estudiados a estimar el posible resarcimiento de daños no patrimoniales de naturaleza contractual, que incluso EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, como analizaremos con detenimiento en las páginas correspondientes, considera extensiva la referencia a los daños extrapatrimoniales comprendida en los Principios Europeos de Responsabilidad Civil al ámbito contractual.

Mención aparte merece la Propuesta de Reglamento de Derecho Común de Ventas en Europa (retirada en 2014) en la que se ha optado por limitar los supuestos en los que el daño moral contractual puede ser estimado.

Sin lugar a dudas, podemos sostener que el hecho de que los autores de estos instrumentos de modernización hayan optado por incluir el daño moral por incumplimiento del contrato en el articulado de los mismos puede considerarse como un ejemplo de la actualidad que continúan poseyendo los daños de esta naturaleza.

Finalmente, en el último capítulo se han investigado los principales grupos de casos en los que los tribunales españoles han estudiado el reconocimiento y resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato, pues la escasa regulación del daño moral (especialmente en su vertiente contractual) a la que hacíamos referencia supone que sea del

todo indispensable realizar un estudio pormenorizado de estos grupos de situaciones enjuiciadas, finalizándose este capítulo con la valoración de dos cuestiones que continúan siendo fuente de controversias doctrinales, a saber, las indemnizaciones simbólicas y la posible utilización de las indemnizaciones por daño moral como una pena o resarcimiento, lo que ha tentado a algunos autores a identificar tales indemnizaciones como supuestos de daños punitivos.

De entre todos los grupos de casos que han sido tratados en el capítulo 6, posee una especial relevancia el daño moral que puede originarse por pérdida de viaje y/o vacaciones, pues constituye un grupo de situaciones en los que los tribunales de los Estados analizados en el capítulo segundo, con independencia de que pertenezcan a sistemas de *civil law* o de *common law*, se han mostrado proclives al resarcimiento de estos daños.

Además, podemos adelantar en esta introducción que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido el resarcimiento del daño moral contractual en todo este elenco de situaciones, siendo especialmente relevantes sus Sentencias de fechas 6 de mayo de 2010 (relativa a pérdida de equipaje por parte de una aerolínea) y de 13 de octubre de 2011 (sobre retraso en el transporte aéreo).

Asimismo, por la gran repercusión que implicó el cierre del espacio aéreo español acontecido en diciembre de 2010 que derivó en que el Gobierno de España decretase el estado de alarma por primera vez desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y que fue origen de innumerables reclamaciones de los miles de consumidores afectados, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, entre las que ostentó un gran protagonismo la solicitud de indemnizaciones por los daños morales sufridos (baste recordar las imágenes televisivas de cientos de personas desinformadas, sin alojamiento y sin posibilidad de desplazarse a corto plazo que ocupaban nuestros aeropuertos en aquellas fechas) se ha considerado indispensable dedicar un punto de este trabajo para comentar el tratamiento que se otorgó a estas reclamaciones por daños morales.

Además, ha sido objeto de este capítulo el estudio del daño moral originado en las siguientes situaciones: por incumplimiento de contrato en materia de propiedad intelectual; por incumplimiento de servicios funerarios; por pérdida de oportunidad de abogado y procurador; por incumplimiento de contrato de cambio de moneda; por defectos y vicios de construcción; en el Derecho de familia; por incumplimiento del contrato de servicios médicos; por incumplimiento de auditor de cuentas; por incumplimiento de contrato de seguro; por incumplimiento de contrato laboral; y por incumplimiento de un contrato de compraventa mercantil.

Sobre los posibles daños extrapatrimoniales resultado de defectos y vicios de construcción es preciso resaltar que existe una evolución en el estudio de estos daños tras la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación que, recordemos, únicamente se ocupa de la responsabilidad originada por los daños materiales surgidos en el inmueble afectado, y que

lleva a preguntarse qué ocurre con toda la extensa jurisprudencia previa al nacimiento de esta Ley que tenía por objeto la interpretación del aún vigente artículo 1591 del Código Civil, y cuyo texto posibilita una interpretación más extensiva que la actual Ley de Ordenación de la Edificación.

En el apartado correspondiente al Derecho de familia, se ha decidido empezar por estudiar todos aquellos supuestos en los que se ha analizado por parte de los tribunales peticiones de indemnización por daños extrapatrimoniales, aunque tales casos no sean de naturaleza contractual, con el objeto de obtener una visión generalizada de la postura común de los tribunales en el tratamiento del daño moral en estas situaciones, para acto seguido entrar a valorar el posible resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de lo que podríamos denominar acuerdos o pactos conyugales.

Otro de los puntos que ha necesitado de un amplio desarrollo ha sido el que abarca los daños acontecidos por el incumplimiento del contrato de servicios médicos. Este apartado comienza con el estudio de la doctrina de la unidad de la culpa civil al ser ésta objeto de aplicación por los tribunales en este tipo de situaciones debido a la confusión que en un gran número de ocasiones puede producirse al intentar calificar el origen del daño producido en la relación entre médico y paciente como extracontractual o contractual. Además se han destinado apartados concretos al estudio del tratamiento de la prueba en los daños médicos, la reclamación de tales daños cuando son ocasionados en instalaciones y por profesionales de la sanidad pública española, y el daño moral acontecido en los grupos de situaciones que han sido calificadas con los términos *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, y que hemos entendido que pueden ser supuestos de total actualidad debido a las controversias políticas y jurídicas que continúa originando la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Irrupción Voluntaria del Embarazo.

Por último, sobre el apartado destinado al análisis del daño moral que puede derivar del incumplimiento de un contrato de naturaleza laboral, podemos adelantar que la interpretación llevada a cabo por los tribunales españoles en este elenco de situaciones implica que nos encontremos ante una de las mayores diferencias en el tratamiento concedido a la figura del daño moral por incumplimiento del contrato entre nuestro sistema jurídico y la doctrina y jurisprudencia francesas.

Todo lo indicado supone que exista una necesidad de continuar avanzando en la regulación del daño moral contractual y de la conveniencia de efectuar un estudio en profundidad del tratamiento de esta figura como el que se ha pretendido realizar con el desarrollo del presente trabajo de investigación.

## CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FIGURA DEL DAÑO MORAL

### 1.1 Derecho Romano: La *iniuria*

Los primeros indicios referentes a la obligatoriedad de reparar el daño causado los encontramos en la Ley de las XII Tablas y más concretamente en el punto segundo de la Tabula VIII, en la que se indicaba que en aquellas situaciones en las que se ocasionaba la fractura de un miembro debía aplicarse la Ley del Talión<sup>1</sup>.

Será esta Tabula la norma que sentaría las bases para el posterior desarrollo del concepto *iniuria* por los juristas de la época<sup>2</sup>, constituyendo los comentarios recogidos en el Digesto en torno a este término el reconocimiento más próximo en el Derecho romano a lo que hoy podemos considerar daño moral<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Texto original de la Tabula VIII, punto 2º: “*Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto*”; sobre la Tabula VIII, CARVAJAL, P.-I. (2013), “La función de pena por la *iniuria* en la Ley de las XII Tablas”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº. 35 (<http://vlex.com>), p. 5, “[c]omo se sabe, la Ley de las XII Tablas no sólo es una codificación sino también un texto constitucional, y desde este punto de vista no sólo es un signo de avance en la llamada lucha patricio-plebeya, sino una etapa en la afirmación de la organización social ciudadana sobre la gentilicia. En la etapa de la predominancia de la organización gentilicia, la venganza privada había resultado una consecuencia característica de la comisión de actos que podríamos llamar delictuales. Esta venganza privada, que se traducía en guerras clánicas o familiares, es lo que la doctrina ha entendido como “sistema de la noxalidad” –que no se debe identificar con el problema de las posteriores acciones noxales-. A este respecto, no parece que se pueda dudar de que, en algún momento antes del talión decenviral, la sanción por las lesiones corporales haya podido extenderse incluso a la muerte. Así es que debemos tratar de determinar qué papel le correspondió desempeñar a la Ley de las XII Tablas en la conformación de la ciudad-Estado, particularmente en cuanto a la superación gradual de aquella venganza privada primitiva a través de la promulgación del talión como una sanción más estilizada y civil”.

<sup>2</sup> GUERRERO LEBRÓN, M. (2005), *La injuria indirecta en Derecho romano*, Dykinson, Madrid, p. 72, “[l]a primera noticia jurídica acerca del delito de injuria está en las XII Tablas, donde se sancionan básicamente supuestos de lesión física. En torno a dicha regulación surgen múltiples cuestiones, entre las cuales, destaca la discusión acerca de si algunos de sus preceptos pueden considerarse modalidades concretas de *iniuria* o si, por el contrario, se entiende que constituyen conductas diversas no encuadrables bajo esa denominación. Así mismo, se discute el alcance que hay que otorgar a las mismas y el valor que se atribuye al elemento subjetivo en dichos preceptos. La inadecuación de las penas previstas en la legislación *decenviral* unida a otra serie de motivos, como la promulgación de la ley Aquilia, que sanciona comportamientos antes incluidos en la *iniuria*, lleva al pretor a intervenir en la regulación de este tipo de ofensas, promulgando distintos edictos sobre la materia. En primer término, tiene lugar la publicación de un edicto general en cuya cláusula se dio cabida a las lesiones físicas que pudieran causarse a un hombre libre. A raíz de ahí se suceden una serie de edictos específicos en los que el magistrado jurisdiccional protege formas concretas de ofensa, fundamentalmente morales, y, por lo que a nosotros interesa, aquellas injurias indirectas que recibe el Dominus a través de su *servus* (*edictum de iniuriis quae servis fiunt*)”.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2012), “Reflexiones en torno a las funciones de la condena por daños extrapatrimoniales a la persona a partir del estudio de la *iniuria* del derecho romano clásico”, *Revista de Derecho Privado*, nº 23, julio-diciembre, pp. 338 y 339, “[e]l ámbito protegido mediante la pena por este delito fue, para la época de las XII Tablas, la integridad física del hombre libre. De allí que las hipótesis previstas en esta ley fueron el *membrum ruptum* (arrancar un miembro), el *os fractum* (romper un hueso) y

De esta forma, el término *iniuria* lo encontramos definido en el Libro 47 del Digesto, en su título X, punto primero, donde se recoge que “[e]l nombre de «injuria» viene de que se hace injustamente, pues todo lo que se hace injustamente se dice que se hace con injuria. Este es el sentido más general. En un sentido más especial, se llama injuria a la ofensa; a veces se quiere decir con la palabra injuria el daño causado culposamente, como solemos decir a propósito de la Ley Aquilia; otras veces, llamamos injuria a la injusticia, pues, cuando uno ha dado sentencia inicua o injustamente, decimos que se sufre injuria por obra del juez; y creo que se dice injuria porque es sin derecho ni justicia, como si dijéramos lo contrario de *iuriam*; y la afrenta o «*contumelia*» de *contemnere* o despreciar”<sup>4</sup>.

Como puede apreciarse, el objeto de la expresión *iniuria* era realmente amplio, prácticamente abarcaba toda aquella conducta que no se ajustaba a Derecho (incluidas las ofensas) lo que ha permitido que se llegue a plantear por algunos autores la posibilidad de que el daño moral fuera incluido dentro de los supuestos que abarcaba la *iniuria*<sup>5</sup>.

---

la *iniuria alteri facere* (otro tipo de lesión), las cuales se enmarcaron dentro de las lesiones físicas. Luego, por obra del pretor, las hipótesis de *iniuria* comenzaron a comprender también aquellas que lesionaban la personalidad moral de otros; es así como la antigua noción de *iniuria* se amplió principalmente por los edictos concernientes al *convictum* (vociferación escandalosa), por el edicto referente a la *ademptata pudicitia* (ultraje al pudor de una mujer o un joven), para luego establecerse un edicto general relativo a todo acto infamante contra otra persona. De este modo el concepto de *iniuria*, gracias a la interpretación realizada por los jurisconsultos y pretores clásicos mediante el método casuístico, se extendió hasta abarcar en general todas las hipótesis de lesiones a la personalidad moral o social de la persona”.

<sup>4</sup> D’ORS, A., HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M., BURILLO, J. (1975), *El digesto de Justiniano*, tomo III, libros 37-50, Editorial Aranzadi, Navarra, p. 640.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A., PARICIO, J. (2002), *Fundamentos de derecho privado romano*, Editorial El Faro-Ediciones, Madrid, p. 437, “[e]l término *iniuria* designa genéricamente cualquier tipo de comportamiento antijurídico, pero en un sentido más restringido fue usado para tipificar el delito de lesiones inferidas dolosamente a una persona libre, tanto en su integridad física como moral”; de forma similar, BLANCH NOUGUÉS, J. M. (2002), “Delitos privados. Caracteres de la obligatio ex delicto”, *Iustel* ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)), p. 14, “[l]a noción de *iniuria* engloba en el derecho clásico toda ofensa física o moral realizada contra otra persona con *animus iniurandi* y *adversus mores maiorum* (*contumelia*)”; GHIRARDI, J. C. (2004), “Síntesis conceptual sobre la evolución del concepto de daño (*damnum iniuria datum* – daño injustamente causado) y responsabilidad extracontractual en derecho romano”, *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Tomo IX, p. 127, “[h]ay responsabilidad por este delito: a) Cuando se inflinge algún daño, voluntariamente, a una persona libre, física o moralmente. b) Cuando se inflinge daño a un esclavo ajeno, con ánimo de perjudicar a un hombre libre, que es su dueño”; IGLESIAS, J. (2010), *Derecho romano. Historia e instituciones*, Sello Editorial, Madrid, p. 318, “[e]n sentido amplio, *iniuria* es término expresivo de la antijuricidad de un acto, de todo acto contrario a Derecho: *quod non iure fit*. En sentido restringido, es una ofensa contra la integridad corporal o moral de una persona, asumiendo entonces figura de delito”; ESCUTIA ROMERO, R. (2010), “La difamación pública en derecho romano”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 22, p. 70, “[d]e este modo aquellos actos ilícitos causados para infamar o hacer caer en infamia, para menoscabar el honor y la fama han de ser reprimidos en la sociedad romana y, así en la esfera delictual, el honor será tutelado a través de la *iniuria* una vez que ésta acogió una noción amplia y comprensiva de toda lesión física o moral de la personalidad ajena, incluyendo tanto las agresiones físicas, insultos y malos tratos de palabra o por escrito y, en general, cualquier afrenta a la dignidad o reputación y cualquier desconsideración premeditada e intencional de los derechos de otro”.

Una vez puesta de relieve la amplitud del término *iniuria* y teniendo presente que no podemos olvidar que en el ordenamiento jurídico romano un derecho únicamente adquiriría eficacia cuando se otorgaba una acción que habilitaba la posibilidad de defender el mismo, es necesario valorar siquiera brevemente la *actio iniuriarum* para intentar esclarecer el alcance de la protección romana a lo que hoy conocemos como daño moral<sup>6</sup>.

Sobre la *actio iniuriarum*, GUERRERO LEBRÓN nos recuerda que “se dirigía a conseguir una condena que, en principio, era propuesta por el mismo actor, que debía valorar la ofensa que se le había hecho, si bien cuando las injurias eran muy graves, la tasación la llevaba a cabo el pretor; posteriormente, el juez llevaba a cabo la valoración para imponer la pena, que no podía exceder de la estimación efectuada. Además en los casos en que la evaluación patrimonial de la ofensa había sido hecha por el pretor, el juez no solía disminuir la condena en atención a la autoridad del magistrado”<sup>7</sup>.

Por otro lado, en lo que respecta a la legitimación pasiva de la *actio iniuriarum*, podemos mencionar que en Roma ya se diferenciaba sobre capaces e incapaces, excluyéndose de responsabilidad por la comisión de *iniuria* a los locos y a los impúberes<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> De esta forma, parte de la doctrina ha partido de la valoración de esta acción para estudiar la *iniuria*, siendo ejemplo de ello FLORIANA CURSI, M. (2002), *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Giuffrè Editore, Milán, p. 239, “[d]ebbo premettere che l’analisi si concentrerà fondamentalmente sulla formazione della nozione tecnica di *iniuria*, nel suo rapporto con la tutela pretoria dell’*actio iniuriarum*. Rimarranno pertanto sullo sfondo, perché solo indirettamente rilevanti per la nostra discussione, questioni come la natura civile o pretoria dell’*actio iniuriarum* formulare, o la presunta derivazione da modelli greci della figura dell’*iniuria-contumelia*”.

<sup>7</sup> GUERRERO LEBRÓN, M. (2002), *La protección jurídica del honor post mortem en derecho romano y en derecho civil*, Editorial Comares, Granada, pp. 20 y 21; RODRÍGUEZ MONTERO, R. P. (2011), “Regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial del daño “aquiliano” en roma. Aspectos generales de una experiencia histórica”, *Revista General de Derecho Romano*, N° 16 (www.iustel.com), p. 22, que “[p]osteriormente las agresiones a la integridad de una persona libre se incluyeron en el ámbito de la *actio iniuriarum*, en la que, antes que las características de naturaleza patrimonial, tenía importancia la ofensa moral ocasionada a un *pater familias* o a uno de sus familiares”; DEL VALLE ARAMBURU, R. (2012), “Análisis de la evolución de la reparación del daño moral en la injuria romana”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n°. 42, p. 329, “[l]a *Actio Iniuriarum*: Era una acción de carácter penal, recayendo para el condenado la tacha de infamia, podía ser dejada si efecto con la *dissimulatio* o perdón (D.47.10.11.1) del agraviado por la ofensa. Los hechos que comprendían una injuria podían ser leves o graves en éste último caso la sanción era establecida por el Pretor, la gravedad o no del hecho estaba en la forma en que el mismo se configuraba, el contexto y las circunstancias personales”.

<sup>8</sup> D’ORS, A., HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M., BURILLO, J. (1975), p. 641: D. 47, 10, 3: “Siempre se ha dicho que son capaces de cometer injurias los que pueden ser víctimas de ellas. (1) Pero hay ciertamente quienes no lo son, como el loco y el impúber incapaz de dolo, pues éstos pueden ser víctimas pero no autores de una injuria; pues como ésta depende de la intención del que la hace, se sigue reconocer que no se considera que éstos hayan cometido una injuria cuando golpean a alguien o le insultan a gritos”; BRAVO BOSCH, M. J. (2007), “Sobre el dolo y la culpa en la *iniuria*”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 11, pp. 87 y 88, “[e]n orden al estudio del delito de *iniuria*, y después de la referencia obligada al concepto de *culpa*, ligado a la responsabilidad aquiliana, debemos fijar nuestro interés en el matiz relevante que identifica el ilícito como susceptible de ser perseguido por constituir una *iniuria*: el dolo, ese *dolus malus* que se exige para condenar una determinada



En cuanto al carácter privado o criminal que poseía esta acción, analizando el Digesto puede afirmarse que aunque la vía más común para el resarcimiento de las lesiones físicas y de los daños morales padecidos era la criminal, se otorgaba a la víctima la elección de una u otra vía para ejercer su derecho, recogiendo expresamente en este texto la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de la acción pública y de la acción privada<sup>9</sup>.

Todo parece indicar que la lectura del Digesto permite que pueda afirmarse que en el Derecho romano se admitía el reconocimiento y la protección del honor<sup>10</sup>, siendo posible encontrar en esta obra fragmentos que extienden esta protección y reconocimiento a las personas fallecidas<sup>11</sup>, e incluso a niveles colectivos, como “cuando se hace algo en honor de la república conforme a las buenas costumbres”<sup>12</sup>.

---

conducta, lo que significa que la injuria debía inferirse de forma voluntaria, y con intención de causar un perjuicio moral, lo que supone la presencia en la *iniuria* de un *animus iniuriandi*”.

<sup>9</sup> D’ORS, A., HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M., BURILLO, J. (1975), p. 643: D. 47, 10, 6, “[e]l cual senadoconsulto es necesario cuando no se indica el nombre de la persona contra la que se dirige, pues entonces, como la prueba se hace difícil, quiso el senado que se castigara el acto mediante juicio público. Por lo demás, si se ha indicado el nombre, puede demandarse también con la acción de injurias de derecho ordinario, y no debe impedirse que un particular ejercite la acción por prejuzgar con ello el juicio público, pues éste pertenece a una causa privada. Claro que si ya se ha ejercitado la acción pública, deberá denegarse la privada y al revés. (*Paul. 55 ed.*)”; en sentido similar, D’ORS, A., HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M., BURILLO, J. (1975), p. 654, “D. 47, 10, 37 (1), [l]a acción de injurias puede ejercitarse civilmente también en virtud de la ley Cornelia <como protección> por injuriar a alguien, debiéndose fijar la condena según lo que estime el juez (*Marcian. 14 instit.*)”; BALZARINI, M. (1983), «*De iniuria extra ordinem statui*». Contributo allo studio del diritto penale romano dell’età classica, CEDAM, Padua, p. 12, “[p]er diritto giustiniano, ogni ipotesi delittuosa ricompresa nel concetto di iniuria risulta sanzionata per mezzo di due procedimenti distinti. Il soggetto passivo potrà agire civiliter –e in tal caso l’oggetto della condanna sarà costituito da una straordinaria poena, che sarà stabilita officio iudicis”; ALEMÁN MONTERREAL, A. (2011), “Algunas observaciones sobre el daño moral”, *Revista General de Derecho Romano*, N° 16 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)), p. 22, “[d]esde la promulgación de la *lex Cornelia de iniuriis*, la víctima de la *iniuria* podía elegir entre el ejercicio de una acción privada y una persecución pública con la consiguiente *poena publica*; concurrencia entre la acción privada del edicto y el juicio público de la ley Cornelia, que anticipa en materia de *iniuriae* lo que será la alternativa entre *civiliter vel criminaliter agere*. A partir de Diocleciano, según unos, o con posterioridad, según otros, la represión criminal era la predominante, si bien se mantiene el carácter privado de la *querella*, y lógicamente subsiste la *actio iniuriarum* privada desarrollada en la forma procedimental de la *cognitio extra ordinem*”.

<sup>10</sup> Por todos, D’ORS, A., HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M., BURILLO, J. (1975), p. 642, D. 47, 10, 5 (9), “[s]i uno hubiera escrito, compuesto o publicado un libro para difamar a alguien, o hubiera obrado con dolo malo para que se hiciera algo de eso, aunque lo publicara con otro nombre o sin ninguno, dispone la ley que se pueda demandar por ello, y que, si resulta condenado al autor del acto, quede inhabilitado, en virtud de esa ley, para actos testificales”.

<sup>11</sup> D’ORS, A., HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M., BURILLO, J. (1975), p. 653, D. 47, 10, 27, “[e]scribe Labeón que si apedrean la figura de tu padre que está sobre su sepultura, no procede la acción de violación de sepultura, sino la de injurias. (*Paul. 27 ed.*)”.

<sup>12</sup> D’ORS, A., HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M., BURILLO, J. (1975), p. 654, D. 47, 10, 33, “[c]uando se hace algo en honor de la república conforme a las buenas costumbres, aunque redunde en afrenta de alguien, como no lo hace el magistrado con la idea de injuriar a nadie, sino que toca a la defensa de la pública majestad, no responde aquel magistrado por la acción de injurias. (*Paul. 10 Sab.*)”.

Por lo tanto, aunque no es posible encontrar un término que pudiera ser identificado de forma literal con lo que hoy conocemos como daño moral, entendemos que la protección del honor a la que hace mención el Digesto a través de la *iniuria* y que fue posible gracias a la amplitud que este término revistió desde su origen, siendo esta amplitud señalada por autores como FERNÁNDEZ BARREIRO, PARICIO, BLANCH NOUGUÉS, IGLESIAS, GHIRARDI y ESCUTIA ROMERO, entre otros, es un signo inequívoco de que en el Derecho romano se contemplaba la diferenciación de daños patrimoniales y no patrimoniales.

Ahora bien, aunque podemos sostener que el Digesto manifestaba la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, también podría argumentarse que tal distinción no es tan clara como en un principio pudiera parecer, pues en un gran número de situaciones la ofensa al honor se encontraba vinculada de forma directa a un daño físico o patrimonial.

Ante este razonamiento, podemos sostener que la común vinculación de la ofensa al honor con un daño patrimonial no puede ser motivo suficiente para descartar el reconocimiento de daños no patrimoniales en la época romana, ya que la difícil separación entre daños de diferente naturaleza sigue existiendo, como veremos en los apartados correspondientes, en la actualidad, lo que no ha sido obstáculo para poder estimar la existencia de daños extrapatrimoniales y proceder a su resarcimiento.

Dicho de otra forma, entendemos que la no diferenciación expresa del carácter autónomo de los daños no patrimoniales en el Derecho romano no puede ser un argumento suficiente para ignorar el resarcimiento en esta etapa histórica de estos daños, pues no podemos exigirle a los juristas de esta época que hubieran conseguido dilucidar una cuestión que, como señalábamos, sigue siendo controvertida actualmente.

Por todo lo mencionado, consideramos que si bien es cierto que la regulación de los daños no patrimoniales en la etapa romana no poseía el desarrollo actual (por no hablar de que el reconocimiento de estos daños en la esfera contractual era algo completamente impensable), el simple reconocimiento por los juristas de la época de que el honor pudiera verse afectado es prueba más que suficiente de que los daños patrimoniales no eran los únicos que podían ser resarcidos en la etapa romana.

En resumen, el contenido del Digesto en relación a la *iniuria* y a la *actio iniuriarum* nos permite afirmar que en esta época histórica comenzaron a sentarse las bases para el reconocimiento y resarcimiento del daño moral en nuestro Derecho<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> En contra, DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. (2003), "El daño moral. Intento de concretización de un concepto", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, p. 266, "[n]i la *actio iniuriarum* ni la *actio ex lege Aquilia* comportan, sin embargo, la valoración del que venimos a denominar "daño moral". En la primera, como bien aclara Ulpiano (D.9,2,5,1), se hace estimación de la *contumelia*, entendida específicamente como agravio u ofensa al honor de la persona, mientras la segunda, siguiendo al mismo jurista, comprende la *aestimatio damni* o valoración del perjuicio patrimonial sufrido, el cual se valorará, precisa además el jurista Paulo (D.9,2,33 *pr.*), teniendo en cuenta no el valor que la cosa representaba singularmente para el ofendido, sino según su valor común (*non ex affectione nec utilitate singulorum, sed*

## 1.2 Reconocimiento del honor en las Siete Partidas

El texto alfonsino recoge la regulación de los daños que una persona puede sufrir en la Partida VII, siendo esta Partida un tratado de delitos y penas cuyo su origen directo parece encontrarse en el Código de Justiniano<sup>14</sup>.

Más concretamente, el Título 9 de esta Partida en su Ley primera establece que «[i]niuria en latín tanto quiere decir en romance como deshonor que es fecha ó dicha á otri á tuerto o a despreciamiento dél. Et como quier que muchas maneras son de deshonor, pero todas descenden de dos raíces: la primera es de palabra; la segunda de fecho. Et de palabra es así como si un hombre

---

*communiterfungi*) , con lo que se excluye explícitamente el daño moral. Existe, es cierto, en el ámbito del delito aquiliano una notable evolución, desarrollada por la jurisprudencia a partir, sobre todo, del s. II d.C., que conducirá a la superación del *pretium corporis* o valor venal del objeto dañado o destruido, al que debía originariamente limitarse el importe de la condena, en pos de una valoración más amplia del perjuicio patrimonial realmente sufrido (*id quod interest*). Pero en ningún momento se llega a comprender en la acción aquiliana la valoración del daño moral, explícitamente excluido del ámbito de la misma en el mentado texto de Paulo, D.9,2,33 *pr.* Tampoco encontramos en el derecho justiniano un reconocimiento expreso del daño moral como entidad valorable a efectos de condena, pese a que en este periodo asistimos a una importante reelaboración del concepto de *damnum* resarcible *ex lege Aquilia*, que sentará las bases del posterior desarrollo que experimentará la materia a partir de los glosadores, hasta llegar a los modernos sistemas de responsabilidad extracontractual”; MARTINI, R. (2008), “Sul risarcimento del «danno morale» in diritto romano II (Ripensamenti)”, *Rivista di Diritto Romano*, VIII ([www.ledonline.it/rivistadirittoromano/](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/)), pp. 1 y 2, “[q]uanto invece al diritto romano mi ero mosso sulla scia di quelli fra i pochi studiosi che se ne erano occupati, i quali –nonostante la contraria opinione dei civilisti– avevano ritenuto che per i Romani non si potesse parlare di un risarcimento del cd. danno morale o non patrimoniale (anche se i due concetti non sono del tutto sinonimi). E ciò anche se avevo avuto modo di accennare ad alcune possibili eccezioni, com’è per il caso delle offese al Dominus stesso (Iust. Inst. 4.4.4), e soprattutto per la singolare sentenza extra ordinem di un governatore provinciale, ricordata in coll. 1.11.1 ss., dove la somma di denaro che gli autori della morte colposa di un ragazzo erano stati condannati a pagare al padre –pur non mancando altre interpretazioni– potrebbe perfino alludere ad una sorta di Premium doloris, ossia a quello che sarebbe ai nostri giorni un caso di «danno biologico», una nuova, molto discussa, figura di danno, creata negli anni ottanta del secolo scorso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, fondandosi essenzialmente sull’art. 32 della costituzione”.

<sup>14</sup> En este sentido, MARTÍNEZ MARINA, F. (1966), *Obras escogidas de Don Francisco Martínez Marina*, Volumen I, Ediciones Atlas, Madrid, p. 257, “[l]a séptima Partida abraza la constitución criminal, y es un tratado bastante completo de delitos y penas, copiado o extractado del Código de Justiniano, a excepción de algunas doctrinas y disposiciones relativas a judíos, moros y herejes, acomodadas al Decreto, Decretales y opiniones de sus glosadores; y de los títulos sobre *rieptos*, *lides*, *desafiamientos*, *treguas* y *seguranças*, que se tomaron de las costumbres y fueros antiguos de España”; PÉREZ MARTÍN, A. (1992), “La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas”, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, n.º 3, p. 35, “[l]a Partida Séptima trata «de todas las acusaciones, et los males el las enemigas que los homes facen de muchas maneras, et de las penas et de los escarmientos que merecen por razon dellos». Se recoge tanto el derecho penal sustantivo como el adjetivo o procesal: acusaciones y denuncias, jueces y traiciones, rieptos y duelos, infamados, falsedades, deshonoras y entuertos, fuerzas, desafíos, treguas, seguranças y paces, robos y hurtos, daños, engaños, adulterios, incesto, sacrilegio, raptos, sodomía, alcahuetes, adivinos y hechiceros, estatutos de judíos, moros y herejes, desesperados y blasfemos; dedica un título a cada una de las materias siguientes: guarda de presos, tormentos que pueden aplicarse a los presos, penas. El título final está dedicado, a semejanza del Digesto, a la significación de las palabras y cosas dudosas y a las reglas jurídicas”.

*denostase á otro ó le diese voces ante muchos, haciendo escarnio dél ó poniéndole algunt nombre malo, ó diciendo en pos dél palabras atales onde se toviese el otro por deshonorado. Eso mismo decimos que serie si ficiese esto facer á otros asi como á los rapaces ó á otros qualesquier. La otra manera es cuando dixiese mal dél ante muchos, razonándolo mal, o enfamándolo de algúnt yerro o denostándolo. Eso mismo serie si dixiese algunt mal dél a su señor con entencion de facerle tuerto ó deshonra, ó por facerle perder su merced. Et de tal deshonra como esta puede demandar enmienda aquel á quien la ficieren tambien si non estudiase delante quando le ficeron la deshonra, como si estudiase presente. Pero si aquel que deshonorase á otro por tales palabras ó por otras semejantes dellas, las otorgase et quisiese probar que verdat aquel mal que dixo dél, non cae en pena ninguna si lo probare. Et esto por dos razones: la primera porque dixo verdat: la segunda porque los hacedores del mal se rezclen de lo facer por el afuerto et por el escarnio que recibieron dél».*

Como puede apreciarse, en esta Ley se contempla que la *iniuria* recoge la deshonra que pueda padecer una persona, aclarando al respecto el glosador LÓPEZ que “[d]eshonrras, e tuertos fazen los omes vnos có otros a las vegadas de fecho, alas vegadas de palabra. Onde pues `q en el titulo ante defte fablamos de los omezillos. Queremos aquí dezir en efte de las dhórras. E demofttraremos primero que cofa es deshonrra. E quátas maneras fon della. E quien la puede fazer. E contra quien puede fer fecha. E quien puede demádar emienda della. E ante quien. E que emienda deué della refcebir. E falta quanto tiempo”<sup>15</sup>.

Por otro lado, el Título XV de la Partida VII indica que debe entenderse por daño, pues como se expone en la edición del glosador LÓPEZ, “[d]años fe fazen los omes vnos a otros en fi mefmos, o en fus cofas, que non fon robos, nin furtos, nin fuerças. Mas acaefcé a las vegadas por ocafion, e alas vegadas por culpa de otro. Onde pues `q en los titulos ante dente fablamos de los robos, e de los furtos, queremos aquí dezir de los otros daños. E mofttraremos que cofa es daño. E quantas maneras fon del. E quien puede demandar ende emienda. E ante quien. E a quales. E como deue fer fecha emiédá del, defpues `q fuere aueriguado”<sup>16</sup>.

De esta forma, la Ley primera de este título contempla que “[d]año es empeoramiento o menoscabo o destrucción que el hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro. Y hay tres maneras de él: la primera es cuando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan con ella o por otro mal que le hacen; la segunda es cuando se mengua por razón del daño que hacen en ella; la tercera es cuando por el daño se pierde o se destruye la cosa del todo”.

Por ello, si al concepto *iniuria* que engloba la deshonra que pueda soportar una persona le sumamos que también se recoge que el daño es el empeoramiento o menoscabo que el hombre pueda padecer en sí mismo, esto nos permite que podamos argumentar que los daños extrapatrimoniales se encontraban protegidos en el texto alfonsino.

Es más, siguiendo con el anterior razonamiento, consideramos que la influencia que el Derecho romano tuvo sobre la elaboración de las Siete Partidas, y que ha sido resaltada por

<sup>15</sup> LÓPEZ, G. (1974), *Las Siete Partidas*, volumen III, Partidas V-VI-VII, Reprod. facs. de la ed. de: Salamanca por Andrea de Portonaris 1555, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 32.

<sup>16</sup> LÓPEZ, G. (1974), p. 56.

autores como FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES<sup>17</sup>, sumada a la definición que de la *iniuria* se realiza en las mismas, nos permite reafirmarnos en las conclusiones que expusimos en el anterior apartado, es decir, el legislador romano consideró necesario proteger las ofensas al honor que pudieran acontecer.

Ahora bien, otros autores, entre los que encontramos a DOMÍNGUEZ LÓPEZ<sup>18</sup>, sostienen que no es posible considerar que en las Partidas se llevase a cabo un reconocimiento de los daños extrapatrimoniales ya que la citada Ley primera del Título XV de la Partida VII, donde se reflejan las formas en que puede originarse un daño, no recoge ningún concepto que pudiera asimilarse con los daños morales.

La postura protegida por DOMÍNGUEZ LÓPEZ basa su argumentación en que la protección de los daños extrapatrimoniales durante la etapa romana únicamente fue posible cuando éstos se encontraban vinculados con daños de índole patrimonial, lo que fue extrapolado por Alfonso X a la Partida Séptima.

---

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES, R. J. (2008), "Alfonso X el sabio, candidato al sacro imperio romano germánico, y la proyección europea de las VII Partidas", *Revista General de Derecho Romano*, Nº 11 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)), p. 9, "[a]lfonso X, no se limitó a darle al Derecho romano un carácter supletorio, sino que lo transcribió, en la mayoría de los casos fielmente, como observamos en las numerosas concordancias entre el Digesto y las Partidas"; en la misma línea, PÉREZ MARTÍN, A. (1992), "Fuentes romanas en las Partidas", *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo*, Nº. 4, p. 234, "[c]omo en tantas otras materias la regulación que las Partidas hacen de las injurias, tanto en su vertiente civil como en la penal, está basada fundamentalmente en fuentes romanas interpretadas por la literatura jurídica del «*ius commune*»"; como ejemplo de identificación de la regulación de la *iniuria* en las Partidas con la regulación efectuada en el Digesto, ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J. M. (1992), "Tratamiento jurídico de la enfermedad en las Partidas", *Glossae. Revista de historia del Derecho europeo*, Nº 3, p. 138, "[l]as Partidas, haciéndose eco de la situación de ignorancia del demente, prescriben que el loco o desmemoriado no puede cometer deshonor o tuerto a otra persona, no teniendo que hacer reparación de sus actos, debido a su ignorancia, aunque recogen que sus parientes o curadores deben ponerlos en guarda para evitar que hagan tales agravios; en caso de que estos parientes o tutores no los custodien debidamente, pueden ser ellos objeto de demanda por los tuertos que haya cometido el loco que tengan bajo su guarda. El posible precedente de esta ley puede estar en el Digesto, que afirma que el loco puede sufrir injuria pero no inferirla pues para causarla es necesaria la intención".

<sup>18</sup> DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. (2005), "La valoración del daño moral en partidas 7, XV", *Acta Historica Et Archaeologica Mediaevalia*, Nº 26, p. 252, "[s]ólo la definición de daño con la que el legislador castellano inicia el tratamiento de la materia parece corresponder, *aspecto primu*, a un estadio más evolucionado en el cual se ha superado la patrimonialidad del daño, requisito imprescindible todavía en el Derecho justinianeo, comprendiéndose en ese amplio concepto de daño resarcible toda suerte de perjuicios, tanto materiales como personales, causados de cualquier forma (tal como ya se había admitido en la compilación bizantina), a otro sujeto. Pero esta primera impresión viene enseguida contradicha por una lectura atenta de las leyes que conforman este Título XV dedicado a los daños, pues, como se ha visto, de los denominados atentados a la personalidad, en contraposición a los causados al patrimonio, sólo se contemplan los daños corporales, y aun en estos casos, la obligación del ofensor se limita a resarcir los perjuicios que de tales daños se deriven directamente para el patrimonio del ofendido, sin que exista consiguientemente, como ya se ha explicado, una auténtica ponderación o valoración de la lesión personal. Esta no se toman en consideración en cuanto tal, sino en cuanto repercute directamente en el patrimonio del ofendido, tratándose por ende de la misma forma que cualquier otro atentado al interés patrimonial del sujeto que pueda tener lugar".

Ante esta argumentación, debemos remitirnos a lo que ya indicamos en el anterior apartado, cuando afirmamos que la común vinculación de la ofensa al honor con un daño patrimonial no puede ser argumento suficiente para descartar el reconocimiento de daños no patrimoniales en la época romana y, por lo tanto, en el texto alfonsino, ya que la difícil separación entre daños de diferente naturaleza sigue existiendo en los ordenamientos jurídicos actuales.

Por todo lo expuesto, entendemos que el reconocimiento llevado a cabo en las Partidas de los daños que el hombre padezca en sí mismo, sumado a la definición de la *iniuria* que contempla el texto de Alfonso X, siendo analizado todo ello desde el origen romano de este texto medieval, nos permite poder afirmar que siguiendo el camino que ya marcó el Digesto, las Siete Partidas contemplan el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales, no siendo obstáculo para ello la delimitación del daño que se lleva a cabo en la Ley primera del Título XV de la Partida VII, pues si el propósito de este texto medieval hubiera sido el rechazo de todo daño no patrimonial, pensamos que no se hubiera protegido expresamente la vulneración del honor.

En resumen, entendemos que las Siete Partidas constituyen uno de los cuerpos normativos históricos que en cierta forma podrían dar explicación al desarrollo legislativo y jurisprudencial que sobre el daño moral se ha ido creando a lo largo de los años<sup>19</sup>, siendo uno de los ejemplos más relevantes (por ser la primera Sentencia en la que el Tribunal Supremo reconoció el resarcimiento del daño moral sin vincularlo a responsabilidad penal) la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 (publicada el 16 de octubre de 1913), en la que se indicó que “el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, pues para ello sería preciso que se declarase en disposición abstracta ó de carácter general algún derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, á explicar mejor principios jurídicos más ó

---

<sup>19</sup> ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M. (1986), “Aspectos de la responsabilidad civil con especial referencia al daño moral”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N.º. 9, p. 55, “[d]esde antiguo ha existido la preocupación de resarcir el daño moral. En la Edad Media, mediante indemnizaciones se podían evitar acciones por injurias o agravios: la legislación de Partidas, en este sentido, permitía que mediante indemnizaciones se pudiese resarcir el daño moral”; FERRER VICENTE, J. M. (2004), “Evolución doctrinal y jurisprudencial de los daños morales”, *VLEX* (<http://vlex.com>), p. 2, “[e]n nuestro Derecho histórico, las Leyes de las Partidas son un claro precedente de la actual doctrina sobre indemnización de daños morales al regular en la partida 7, Título IX, Ley XXI, la indemnización o satisfacción correspondiente al que ha sufrido deshonor”; Díez SCHWERTER, J. L. (2006), “La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina: una visión histórico comparativa”, *Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, P. 351, “[a]un en ausencia de norma expresa, autores y jueces latinoamericanos concluyen que el daño no patrimonial o “moral” debe resarcirse en sede aquiliana, y ello atendiendo, principalmente, a las expresiones “daño”, “todo daño”, “perjuicio”, o “daño o perjuicio” contenidas en las cláusulas generales, las que no efectúan exclusión alguna. Además, entre otros argumentos, se ha hecho presente que la resarcibilidad del daño moral habría sido aceptada en las Siete Partidas (Ley 21 del Título XV de la Partida VII), cuerpo normativo que por un extenso periodo rigió en América Latina”.

menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes»; que definen el daño en sus diversas manifestaciones, para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil ó penal, una indemnización pecuniaria, que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensa tan graves, al fin es la que se aproxima más á la estimación de los daños morales directamente causados á la joven perjudicada, y que llevan consigo, como consecutivos naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la ley 21, tit. 9.º de la Partida 7.ª, cuando al disponer «que cualquier que reciba tuerto, ó desonrra, que pueda demandar emmtenda della en una destas dos maneras, qual más quisiere. La primera, que paga el que lo desonrra, emmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación, pidiendo que el que fiso el tuerto, que sea escarmentado por ello... E la una destas maneras se tuelle por la otra; por que de un yerro no debe ome recibir dos penas por ende. E desque que ouiere escojido la una, non la puede dexar, é pedir la otra...» ley cuya aplicación ha sido tradicional en España”<sup>20</sup>.

### **1.3 El daño moral en la etapa codificadora: El Proyecto de Código Civil de 1851 de GARCÍA GOYENA**

Dentro de toda la etapa codificadora que se desarrolló en España, hemos decidido centrar el presente epígrafe en el Proyecto de Código Civil de 1851 elaborado por GARCÍA GOYENA por ser esta obra señalada de manera *quasi* unánime como el antecedente inmediato de nuestro Código Civil<sup>21</sup>.

Asimismo, la doctrina parece coincidir en considerar el Título V del Libro III del Proyecto de Código Civil de 1851, referido a la materia de obligaciones y contratos, como una de las partes más relevantes de este texto<sup>22</sup>.

Más concretamente, el artículo 1015 del Código Civil de GARCÍA GOYENA indica que “[s]e reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección”.

---

<sup>20</sup> Jurisprudencia Civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en recursos de nulidad, casación civil e injusticia notoria, y en materia de competencias. Desde la organización de aquellos en 1838 hasta el día: Resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallo del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice. Tomo 125 (3.º de 1912), número 95, pp. 583 y 584.

<sup>21</sup> Por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008), *Derecho civil de España*, Tomo I, Thomson Civitas, Navarra, pp. 209 y 210, “[e]sta obra será fundamental en nuestra historia jurídica; es el antecedente inmediato, legalmente reconocido (L. de B.), de nuestro Código Civil; toda la discusión posterior sobre la obra codificadora girará en torno a sus soluciones, y desde su publicación serán tenidas en cuenta por la doctrina –y alguna vez por los Tribunales– como representativas de la opinión más autorizada”.

<sup>22</sup> BARÓ PAZOS, J. (1993), *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, p. 128, “[e]l Título V, aparece referido a la materia de contratos y obligaciones y ocupa una extensa parte del articulado del Proyecto, y en ella se percibe nítidamente el influjo del derecho francés”.

Sobre este artículo, que es el equivalente al artículo 1106 de nuestro Código Civil actual, GARCÍA GOYENA comentó que “[e]s el 1149 francés, 1282 holandés, 1239 sardo, 850 de Vaud, 1103 napolitano. *Daños é menoscabos*, dicen las leyes de Partidas: *Quantum mihi abest* (daño) *quantumque lucrari potril* (menoscabo), ley 13, título 8, libro 46 del Digesto: es en una palabra lo que vulgarmente se entiende por daño emergente y lucro cesante: pero la estimación de este daño y lucro *in facto, non in jure consistit*, 24 *de regulis juris*, y nunca deberá entrar en ella el precio de afección particular, sino el común y corriente de la cosa, á menos que la responsabilidad proceda de delito, artículo 117 del Código Penal, por cuyo título 4, libro 1, deberá regirse la responsabilidad civil en aquella materia”<sup>23</sup>.

GARCÍA GOYENA optó por reconocer el resarcimiento de los daños derivados de contrato y, dentro de éstos, el lucro cesante, aunque parece que como defiende RODRÍGUEZ GUTIÁN, “[c]uando García Goyena comenta el artículo 1015 del Proyecto de Código Civil de 1851 (proyecto que constituye el antecedente inmediato del actual Código español y que recoge el espíritu y las tradiciones jurídicas de nuestro país), se limita a señalar que la expresión daños y perjuicios, contenida en dicho precepto, se refiere tanto al daño emergente como al lucro cesante, pero que en la estimación de estos dos conceptos nunca debe entrar el precio de afección particular sino el común y corriente de la cosa (“se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”). Por otra parte, parece que los redactores del Código Civil no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sólo en el patrimonial. Este precepto encierra, pues, tal y como ha sostenido la doctrina, un concepto economicista del daño contractual, en el que en principio no encaja el daño moral, ya que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido lesionado, concebido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales”<sup>24</sup>.

Por otro lado, el artículo 1016 (equivalente al artículo 1107 actual) contemplaba que “[e]n el resarcimiento de los daños ó perjuicios, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato. En caso de dolo, se extenderá la indemnización á los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él”.

Con la redacción del artículo 1016 se optó por incluir el requisito de la previsibilidad del daño de manera análoga a como se recogía en el Código Civil francés aunque, curiosamente, GARCÍA GOYENA criticó el requisito de la previsibilidad al sostener que “[l]a dificultad de estimar el cuánto del daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo francés para el caso de no haber dolo, no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó o pudo preverse? Cada contrayente dirá que el previó los daños de diferente manera. En el nuestro se hallan reemplazadas por las de *consecuencia inmediata y necesaria*, que parecen equivaler á las de la ley 21, párrafo 3,

---

<sup>23</sup> GARCÍA GOYENA, F. (1974), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Cometa S.A., Zaragoza, p. 543.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2008), “La reparación del daño moral en la contratación inmobiliaria”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 30, pp. 145 y 146.



título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas que circa ipsam rem consistit*. Sus ejemplos son; “compré vino y no se me entregó: no se reputará daño o lucro cesante, que yo habría podido venderlo y negociar con su precio, porque la ganancia es incierta y lejana, y hasta puede dejar de negociar”. “Compré trigo y por no haberseme entregado murieron de hambre mis esclavos: yo no puedo pedir como daño el precio de ellos, sino el precio mayor que tuvo el trigo ó vino desde que debió serme entregado, porque esta mayor utilidad *circa rem ipsam consistit*, y su pérdida es una consecuencia inmediata, necesaria, inevitable del contrato; la muerte de los esclavos es una cosa estrínseca, accidental, agena del contrato, y que además pude evitar”. Por los mismos motivos se dice en la ley 19, título 7, libro 18 del Digesto, que, siendo moroso el comprador en pagar el precio, el vendedor solo podrá pedir las usuras ó intereses, *non omnino quod, mora, non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuerit et, pretio soluto ex mercibus, plus quam ex usuris, quaerere potuit*. En caso de dolo. En este segundo párrafo nos apartamos también del artículo 1151 francés, y damos mayor extensión que él a la responsabilidad: la citada ley del Código no ponía tasa ó coto á ella en los delitos. Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin este no habria tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable: vé los artículos 1399 y 1408, párrafo 2. Pero, aun despues de todo lo espuesto, será preciso convenir en que el prudente arbitrio del juez es casi tan lato en estimar las causas ú ocasion del daño como en fijar su tanto; y para lo primero es necesario tacto mas fino y mayor sagacidad que para lo segundo”<sup>25</sup>.

GARCÍA GOYENA tras criticar el requisito de previsibilidad llega a una conclusión que, como desarrollaremos en los capítulos posteriores, ha permitido que nuestra jurisprudencia haya podido estimar la existencia del daño moral derivado de incumplimiento de contrato. GARCÍA GOYENA concluye que deberá ser el órgano juzgador competente en cada caso concreto el encargado de dilucidar la existencia del daño así como de determinar la indemnización que debe corresponder por la comisión de éste<sup>26</sup>.

Por otro lado, parece que el Proyecto de 1851 tampoco se planteó el resarcimiento del daño moral originado en la responsabilidad aquiliana, pues el artículo 1900, que se identificaría con el vigente artículo 1902, únicamente establece que “[t]odo el que ejecuta un hecho en que interviene algún genero de culpa ó negligencia, aunque no constituya delito ó falta,

<sup>25</sup> GARCÍA GOYENA, F. (1974), pp. 543 y 544.

<sup>26</sup> De la misma opinión, BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2007), “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N°. 1, p. 20, “[e]l segundo elemento es que la previsibilidad dependerá entonces del contenido del contrato, y es la jurisprudencia de los tribunales la llamada a que se determine para cada caso concreto. Todo dependerá del contrato, porque, sin duda, si existe un deber explícito o implícito que en su inobservancia acarree perjuicios morales por ejemplo, corresponderá que sean indemnizados por haber sido previstos por las partes. Como señalara García Goyena, “las palabras del artículo francés no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó o pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera. En el nuestro se hayan reemplazadas por las de la consecuencia inmediata y necesaria, que parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo, 3, título I, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit*”. A nuestro juicio, el juez en su sentencia debe considerar previsibles aquellos efectos dañosos que se han producido conforme con el curso normal de las cosas y, por el contrario, debe estimar imprevisibles los que se han originado de modo irregular, anormal o extraordinario”.

está obligado á la reparación de perjuicio ocasionado á tercero". A lo que debemos sumar que en el comentario que GARCÍA GOYENA realiza sobre este artículo el autor únicamente se limita a recoger la necesidad de resarcir el daño padecido aunque no derive de delito, sin especificar qué naturaleza puede revestir el mismo<sup>27</sup>.

Todo lo indicado hasta el momento implica que no sea de extrañar que en el Proyecto de Código Civil de 24 de abril de 1882 no se recogiese mención alguna en su articulado ni al daño moral contractual<sup>28</sup> ni al daño moral extracontractual<sup>29</sup>, pues como mantiene PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en relación con los Libros III y IV del Proyecto de 1882, "[l]a fuente más frecuentemente citada, y aún más frecuentemente seguida, es el Proyecto de 1851. Desde que se reanuda la actividad codificadora se piensa que el nuevo Código había de tomar a dicho proyecto como base. Con esa idea, que aparece en forma rotunda en el Proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez, se redactó todo el Anteproyecto"<sup>30</sup>.

Entendemos que los principales orígenes del Código Civil aquí relatados propiciaron que durante un dilatado periodo de tiempo la doctrina se mostrara contraria a que el daño moral pudiera ser resarcido en un ámbito ajeno a la responsabilidad penal a través del articulado de nuestro Código Civil<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> GARCÍA GOYENA, F. (1974), p. 968, "[e]l artículo encierra una máxima de jurisprudencia universal, fundada en un principio eterno de justicia, *sua cuique culpa nocet*; la culpa no debe perjudicar sino á su autor, y él está obligado á reparar el daño ocasionado á un tercero con ella, aunque no haya sido elevada por la ley á la categoría de los delitos ó faltas, ni por consiguiente se halle castigada en el Código Penal. Así, el campo y la escala de la culpa ó negligencia son vastísimos, y no podrán encerrarse en las leyes, por muy minuciosas que sean: cada caso deberá decidirse por las circunstancias particulares del hecho y las de las personas".

<sup>28</sup> Artículo 1123 del Proyecto de 1882: "La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya experimentado, sino también el de la ganancia que haya dejado de hacer el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes"; Artículo 1124 del Proyecto de 1882: "Los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación. En caso de dolo le serán exigibles todas las que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación".

<sup>29</sup> Artículo 13, Capítulo II, De las Obligaciones que Nacen de la Culpa o Negligencia, del Título De las Obligaciones que se Contraen sin Convención, Libro IV, del Proyecto de 1882: "El que, por acción u omisión, causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

<sup>30</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2006), *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888). Con estudio preliminar, notas y concordancias*, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 19.

<sup>31</sup> GAYOSO ARIAS, R. (1918), "La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el positivo", *Revista de Derecho Privado*, Tomo V (enero-diciembre 1918), número 62 noviembre, p. 330, "[e]n nuestro derecho legislado no se halla explícitamente resuelta la cuestión. El Código Civil limitase a prescribir la indemnización del daño causado, ya incidente en otra obligación, ya principal (que entraña el quebrantamiento de la general de no lesionar al prójimo). En los artículos 1.101 y 1.902 habla en términos generales de daño y de indemnización. Mas esa generalidad nada resulta para la teoría afirmativa de la reparación pecuniaria de los morales, como quiere Alcubilla, porque precisa para tal obligación que el abono metálico sea indemnización, que es lo prescrito, y según lo demostrado en la parte teórica de este trabajo, no lo es para las damnificaciones de esa clase. Nada concluye tampoco la prohibición de prueba de los hechos injuriosos, aducida por dicho autor, y que es inconexa con la cuestión que ventilamos, aunque pretenda aquél relacionarla diciendo la necesidad de acreditar, para obtener reintegración, el llamado daño patrimonial, obligaría a negarla cuando se demostrase la verdad de la imputación, porque ni esto es

Siendo también este rechazo a la indemnización civil del daño moral extrapolable a los tribunales, pues tal y como ya mencionamos en el anterior apartado, nuestro Tribunal Supremo no admitió la indemnización por daños morales fuera del ámbito penal hasta 1912<sup>32</sup>, cuando en su Sentencia de 6 de diciembre de ese mismo año (publicada el 6 de

---

cierto en absoluto, ni deja de ser aplicable al daño moral, ya que arranca el argumento, no de la clase de éste, sino de la improcedencia de resarcirlo cuando el hecho acumulado es verdad”; en sentido similar, sobre la relación del origen histórico del Código Civil y la negativa al resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato, ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1966), “La responsabilidad por daño moral”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, fascículo I, enero-marzo MCMLXVI, pp. 99 y 100, “[d]esde el punto de vista legislativo, se opone a la reparación del daño moral la falta de preceptos que establezcan y ordenen esa reparación. En efecto, se pretende fundamentar la reparación del daño moral en los arts. 1.101 (para el daño moral contractual) y 1.902 del Código Civil (para el daño moral extracontractual), diciendo que al hablar estos preceptos en términos generales y amplios de que quien ha causado un daño está obligado a indemnizarlo, debe entenderse que en la palabra daño están comprendidos tanto el daño patrimonial como el daño moral. Sin embargo, si se consideran los antecedentes inmediatos de estos preceptos, resulta claramente que al tiempo de su redacción no se planteó el problema de la reparación del daño moral, por lo que tales normas fueron redactadas pensando en el caso más frecuente de que el perjuicio causado sea de orden pecuniario. Además los artículos 1.101 y 1.902 sancionan el abono de los daños en metálico como indemnización y, en cambio, la entrega de una suma de dinero no tiene naturaleza de indemnización tratándose de los daños morales, por lo que no pueden aplicársele esos preceptos que tratan de la indemnización verdadera o propia”; IGARTUA ARREGUI, F. (1984), “Sentencia de 9 de mayo de 1984. Daño moral contractual. Reconocimiento en sentencia apelada. Daños y perjuicios e incumplimiento de contrato. Frustración de las expectativas basadas en el contrato. Lesión a la permanencia en el ejercicio de una actividad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 5, p. 1636, “[s]e oponían a esta tesis, en primer lugar, los últimos coletazos de la repulsa en la doctrina tradicional hacia la indemnización del daño moral general. Sin embargo, la aceptación de su reparación en los casos de delito (artículo 104 del Código Penal) y su admisión en el campo de la responsabilidad extracontractual tras la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, acabaron con aquel rechazo. En este sentido el reconocimiento de la posibilidad de la indemnización del daño moral contractual supone el último escalón de la evolución de la aceptación de la reparación del daño moral dentro de un sistema jurídico. La lógica de esta evolución es muy clara: teniendo en cuenta que en términos generales se entiende por daño moral aquél que se deriva de un ataque a los derechos de la personalidad, o mejor dicho, de la privación de aquellos bienes que son primordiales para el hombre (vida, honor, libertad, etc.), resultaba que, desde siempre, los ataques a esos bienes estaban tipificados como delitos y la sede de los códigos penales fue la natural para que por primera vez se contemplara la indemnización del daño moral. Sin embargo, hay otras conductas que dañan a los bienes mencionados y que no están tipificadas como delito por no reunir la gravedad necesaria para ello a los ojos de la sociedad. Para conseguir protección frente a estos ataques se reconoció la posibilidad de reparación del daño moral derivado de relaciones extracontractuales. Ahora bien; cuando se redactaron los códigos civiles no se pensó en que pudieran existir contratos que dañaran los bienes primordiales del hombre y no se previó la posibilidad de reparación del daño moral que de ellos se derivara. Por tanto, se reputaba como imposible la existencia de un daño moral contractual. Este es el segundo argumento que se ha esgrimido en contra de su reparación. No se concebía que el honor, la imagen, etc., pudieran ser objeto de un contrato. Hoy es evidente que estos contratos existen y no se ve por qué si tampoco se previó en los códigos la posibilidad de reparación del daño moral «extracontractual» y esto no fue obstáculo para su admisión, lo sea en el caso del daño moral derivado de contrato”.

<sup>32</sup>DÍEZ-PICAZO, L. (1981), *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen 1, Tecnos, Madrid, p. 112, “[e]s ésta una de las decisiones más famosas de la jurisprudencia civil española, por ser la primera vez en que se admite que debe ser indemnizado el daño moral. El tema ha sido objeto de estudios tan amplios y documentados que no parece necesario insistir sobre él. Conviene, sin embargo, llamar la atención sobre

octubre de 1913), el Alto Tribunal entró a analizar un caso en el que el honor de una doncella fue dañado por la publicación de una falsa noticia en un periódico de la época.

De esta forma, el Tribunal Supremo concluyó “que la existencia de daños y perjuicios causados á la Srta. Mussó no necesitaba comprobación, pues aparte del daño moral suyo y de su familia, absolutamente irreparable, era consecuencia natural del escándalo producido la dificultad para contraer matrimonio, y aun prescindiendo de esto, siempre debería traducirse en indemnización pecuniaria la responsabilidad de la publicación de la falsa noticia, pues el Código Penal, cuando se trataba de los delitos de violación, estupro ó raptó, establece en el art. 464, por vía de indemnización, la obligación de dotar á la ofendida; cuyo precepto demuestra el concepto del legislador respecto del daño ocasionado á una mujer cuando se atenta á su honor, y como lo que falsamente habían dicho al público los millares de ejemplares de *El Liberal* en que la noticia se publicó, fué que dicha joven había tenido sucesión de un fraile y que luego fué raptada por él, resultaba que para quienes lo hubieran creído y no se hubieran convencido de la falsedad, aun después de rectificadla la noticia, por ser difícil atajar el escándalo y la propensión de muchos á secundarlo cuando se refiere con los caracteres que *El Liberal* lo presentó, el efecto moral y social resultaba análogo al que había producido el hecho relatado de ser cierto; y que, por tanto, debía tenerse como base racional para fijar el daño y determinar la indemnización, el citado artículo del Código Penal, que se funda en el principio de reparación e indemnización de los perjuicios que inspira asimismo el 1006 del Civil; y dentro de este criterio, la indemnización en el presente caso debía consistir en pagar una suma que asegurase á la perjudicada renta equivalente á la dote que le correspondiera, dada la posición social y económica de su familia que acreditaban las certificaciones acompañadas, cuya suma no debía ser inferior á 150.000 pesetas para poder crear una renta á su favor de 6.000 pesetas anuales, aproximadamente; procediendo, además, para atenuar el daño todo lo posible, la publicación de la sentencia que recayese en varios periódicos y en *El Liberal*”<sup>33</sup>.

El Tribunal Supremo no sólo reconoció el daño moral padecido por esta mujer y por su familia fuera del ámbito penal, sino que estimó la necesidad de resarcir pecuniariamente el mismo mediante una renta anual que pudiera suplir la dote perdida y de publicar esta Sentencia en diferentes medios de prensa, por lo que podemos considerar a la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 como uno de los principales orígenes del resarcimiento del daño moral en España.

---

un punto que parece quedar en la penumbra: ¿Hasta qué punto el daño al honor de la demandante era imputable a la culpa o negligencia de los demandados? El empresario y el director del periódico parece que se limitaron a introducir la noticia telegráficamente recibida. En la sentencia no se dice que fueran conscientes de su falsedad. ¿Puede pensarse que un deber de diligencia les imponía verificar la certeza de la información o es que, en todo caso, su responsabilidad se funda objetivamente en el riesgo que su empresa produce un daño a los derechos de la personalidad?”.

<sup>33</sup> Jurisprudencia Civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en recursos de nulidad, casación civil e injusticia notoria, y en materia de competencias. Desde la organización de aquellos en 1838 hasta el día: Resoluciones hipotecarias dictadas por la Dirección General de los Registros y fallo del Supremo Tribunal de la Rota, cuya publicación se autorice. Tomo 125 (3.º de 1912), número 95, pp. 588 y 589.

#### 1.4 Antecedentes históricos del artículo 18 de la Constitución Española

El Título I de nuestra Constitución referente a los derechos y deberes fundamentales encuentra su origen directo en la Constitución de 1931, que siguiendo la trayectoria de las transformaciones constitucionales que en esta etapa histórica se estaban produciendo en un gran número de Estados, recogía en su Título III una lista de derechos y deberes de los españoles<sup>34</sup>.

La influencia directa que el Título III de la Constitución republicana ha ejercido sobre el Título I de la Constitución de 1978 ha sido puesta de relieve por gran parte de la doctrina, pudiendo citarse a modo de ejemplo a TOMÁS Y VALIENTE, quien señala que “no es pequeña la influencia que la Constitución republicana ha ejercido en la actual, por ejemplo, en lo concerniente a lo que ahora es el Título VIII («De la organización territorial del Estado») y entonces era el I («Organización territorial del Estado»), o en lo relativo al Tribunal de Garantías Constitucionales -hoy Tribunal Constitucional-, o en aspectos singulares del Título III de la Constitución de 1931 en relación con el Título I («De los derechos y deberes fundamentales»)”<sup>35</sup>.

Aunque, como hemos expuesto, la Constitución republicana recogía una carta de derechos y deberes, lo cierto es que el ascenso llevado a cabo por la Constitución española de 1978 del derecho al honor a la categoría de derecho fundamental no posee precedente en nuestra historia constitucional<sup>36</sup>.

Sin embargo, esta falta de precedente en nuestras constituciones no ha supuesto que el derecho al honor careciese de protección con anterioridad a la aprobación de la Constitución de 1978, siendo muestra clara de ello el artículo 4 del Fuero de los Españoles de 1945 («[l]os españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar. Quien

---

<sup>34</sup> Por todos, FIORAVANTI, M. (2000), *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, p. 127, “estas constituciones han reafirmado de nuevo el principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado –como hemos visto en el capítulo precedente- a favor del principio de soberanía del Estado. Han retomado de nuevo la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, expandiendo su objeto hacia los derechos sociales que, sólo de manera efímera aunque relevante, habían sido afirmados en el curso de la revolución francesa”.

<sup>35</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F. (1997), *Obras completas III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 2019.

<sup>36</sup> SEMPERE RODRÍGUEZ, C. (1996), “Comentario al art. 18 CE”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, artículos 10 a 23, Edersa, Madrid, p. 388, “[e]l artículo 18.1 de la C.E. «garantiza el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen», dándoles la categoría de derechos fundamentales, tutelables al amparo del artículo 53 C.E., régimen este que no tiene precedente ni en nuestros anteriores textos constitucionales ni en las constituciones extranjeras”; ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. (2007), *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, p. 234, “[s]on derechos modernos, propios de la segunda mitad del siglo xx. Carecen de antecedentes en el constitucionalismo liberal y en la Constitución de 1931. Curiosamente, se encuentra un precedente parcial en el art. 4 del Fuero de los Españoles, que proclama el derecho de los españoles respecto de su honor personal y familiar y condena a quienes lo ultrajan, cualquiera que fuese su condición, a asumir las responsabilidades que procedan”.

lo ultraje, cualquiera que fuese su condición, incurrirá en responsabilidad») y los tribunales de honor, cuyo nacimiento se originó en la época ilustrada con el objetivo de terminar con las muertes y mutilaciones derivadas de la práctica de los duelos heredada del antiguo régimen<sup>37</sup>.

Estos órganos de naturaleza jurídica dudosa<sup>38</sup> y que suponían la impartición de una “justicia gremial”, únicamente fueron derogados de forma expresa en todas las esferas sociales por el artículo 95 de la Constitución de 1931<sup>39</sup>, pues debemos recordar que la Constitución de 1978 solamente prohibió la existencia de estos organismos en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales<sup>40</sup>. En el sector castrense, la

---

<sup>37</sup> BLAY VILLASANTE, F. (1990), “Privilegios y limitaciones en las leyes sancionadoras militares”, *Revista de Española de Derecho Militar*, Nº 55, tomo I, p. 64, “[l]as Cortes de Cádiz de 1811 consideraron la conveniencia de instaurar los Tribunales de Honor en los Ejércitos peninsulares, idea que fue desechada porque ya eran de uso particular en los distintos cuerpos. Luego por Decreto de 3 de enero de 1867, fueron implantados”; PONCE ALBERCA, J., LAGARES GARCÍA, D. (2000), *Honor de oficiales. Los tribunales de honor en el ejército de la España contemporánea (SS. XIX-XX)*, Ediciones Carena, Barcelona, p. 65, “[f]ue en 1855 cuando por iniciativa de la prensa periódica se creó un tribunal de honor de carácter permanente para resolver las diferencias entre periodistas. Aquel Tribunal estaba compuesto por cuatro miembros elegidos mensualmente entre los directores y redactores de los distintos diarios de Madrid”; ALONSO BAQUER, M. (2004), “El Caballero, Héroe, Soldado y Militar”, *Revista del Ejército de Tierra Español*, Nº 765, diciembre de 2004 (<http://www.portalcultura.mde.es>), p. 17, “[e]l origen (no demasiado lejano) de los Tribunales de Honor se superpuso en el tiempo a la condena social de la costumbre del duelo entre presuntos caballeros. El Tribunal de Honor quería ser una práctica sustitutoria, –no sangrienta– una salvaguardia del honor que se veía enjuiciado sin fundamento”.

<sup>38</sup> CALAFELL FERRÁ, V. J. (1999), “Reflexiones sobre los tribunales de honor militares a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/1.997, de 29 de septiembre”, *Revista de Española de Derecho Militar*, Nº 74, tomo I, p. 245, “debe concluirse que los Tribunales de Honor no son órganos judiciales y sí órganos administrativos sancionadores. Es más, dado que su actividad se orienta hacia el personal integrante de la Administración, puede decirse que se trata de órganos de naturaleza disciplinaria. Ésta es, por otra parte, la opinión que sustentan los autores que se han ocupado de este tema”.

<sup>39</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. (1984), *Los tribunales de honor y la constitución de 1978*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 36, “[e]n consecuencia, pues, el Estatuto de funcionarios de 1918, por un lado y la Constitución de 1931, por su parte, se constituyen como dos modelos antagónicos que representan a su vez dos concepciones distintas en último término indicativas de distintos modelos de sociedad, y que quedarán prefijados como los dos antecedentes claros y directos de estos dos momentos históricos posteriores en que cada uno de éstos con matizaciones importantes. Así el régimen surgido de la Guerra Civil Española mantendrá apoyándose en el Estatuto de 1918, los Tribunales de honor, aunque profundizando y ampliando sus funciones, mientras la Constitución de 1931 influirá claramente en la actual de 1978, si bien ésta última relativizará la prohibición absoluta que sobre los Tribunales de honor realizare aquélla”; CALDERON MADRIGAL, S. (2009), “Los tribunales de honor en el ámbito militar: antecedentes históricos”, en MATAMOROS MARTÍNEZ, R. (Director), *Escuela militar de estudios jurídicos. Cuaderno práctico 2*, Imprenta Ministerio de Defensa, Madrid (<http://www.portalcultura.mde.es>), p. 21, “[l]a pretensión de la Constitución de 1931 de ser el soporte jurídico de un Estado de Derecho tenía necesariamente que chocar con la inseguridad y, en ocasiones, arbitrariedad que conllevaba el funcionamiento de los Tribunales de Honor”.

<sup>40</sup> GUAITA, A., MOZO SEOANE, A. (1996), “Comentario al art. 26 CE”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, artículos 24 a 38, Edersa, Madrid, p. 151, “[n]o figuraba en el anteproyecto constitucional, pero con motivo de los tribunales de excepción (prohibidos hoy en el art. 117.6), los comunistas catalanes presentaron una enmienda en la que se pedía la

jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo<sup>41</sup> como del Tribunal Constitucional intentó limitar el ejercicio de los tribunales de honor ante los que se mostraban reticentes por la incompatibilidad que estas instituciones podían poseer con parte del articulado de la Constitución vigente, siendo claro ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala segunda, número 151/1997 de 29 de septiembre (FJ. 6º), donde se indica que “[n]i el Tribunal de Honor ni el Tribunal Supremo aclaran en qué consistió la deshonra, con qué

---

desaparición de «los denominados tribunales de honor... organismos anacrónicos, incontrolados, donde se contemplan situaciones carentes de publicidad y de toda suerte de garantías». Se oponía a esta inclusión Alianza Popular (Fraga Iribarne), por entender que no existe sólo un honor individual, sino también «la idea de honra social y del honor estamental», y sobre todo porque era un tema importante pero «sumamente conveniente no llevar a la Constitución, especialmente en lo relativo a la organización militar, donde el honor tiene una importancia trascendental». Puede recordarse que no hay «Derecho comparado» invocable, pero también queda dicho que los tribunales que nos ocupan son verdadero «producto nacional» y, en efecto, aunque no se invocó en la citada sesión parlamentaria, es claro, y también se ha reseñado, que el origen de la enmienda estaba en la Constitución de 1931”.

<sup>41</sup> Como ejemplo de las dudas que la pervivencia de la institución de los tribunales de honor en la profesión militar tras la Constitución de 1978 causó a nuestro Tribunal Supremo, podemos mencionar el Considerando Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 14 de mayo de 1985, donde se expone “[q]ue, no discutida la Permanencia de esta institución, que, aun cuando no sea misión de este Tribunal entrar en ello, no puede explicarse más que por la pervivencia de un concepto caballeresco del honor residenciado en la profesión militar, y que forzosamente ha de calificarse como atípica, siendo trasladable a la órbita militar lo que viene a señalar la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1981 con respecto a los Tribunales de Honor en la Administración Civil, de no hallarse incardinados ni en la jurisdicción penal ni en los Órganos que ejercen funciones disciplinarias, aunque jueguen un papel paralelo a éstos, como se desprende de la estructura del Código de Justicia Militar, que regula separadamente el procedimiento de dichos Tribunales del judicial y de los llamados procedimientos gubernativos; partiendo del sometimiento al control de esta Jurisdicción de sus decisiones a través de la impugnación de la Orden Ministerial en que, conforme al artículo 1039 ya citado del Código de Justicia Militar que asumen, como ya se estableció por este Tribunal al resolver en súplica el auto de inadmisión del recurso contencioso-administrativo dictado en primera instancia, (cuestión sobre la que no hay lugar por ello a volver al no ser objeto de controversia y que resumidamente se apoya en la inconstitucionalidad de los apartados d) y f) del artículo 40 de la Ley de esta Jurisdicción), el acogimiento de las razones que da el Abogado del Estado, anteriormente expuestas, conduciría virtualmente, en contra de lo de que acaba de exponerse, a estimar inviable la revisión jurisdiccional de tales decisiones, implicando una quiebra de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales a que tienen derecho todas las personas, «sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión», que proclama el artículo 24.1 de la Constitución, ya que, no constituyendo un paradigma de garantías procesales el procedimiento seguido por los Tribunales de Honor, no puede prescindirse de la existencia de unos elementos probatorios sobre la conducta que se trata de corregir, que racionalmente apreciados puedan fundar la propuesta de separación del servicio”; en un sentido similar, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala quinta, de 28 de junio de 1988, FJ. 4º, “[c]iertamente, el acuerdo de separación, derivado de una decisión del Tribunal de Honor, era irrecurrible conforme al artículo 1039 del Código de Justicia Militar, pero una vez promulgada la Constitución, quedaba expedita la vía del recurso - como antes se indicara- y es a partir de tal momento -29 de diciembre de 1978- cuando entiende este Tribunal que ha de efectuarse el cómputo, como el de apertura de la posibilidad, y no el de expreso reconocimiento por el Tribunal Constitucional en el Auto n.º 60, de 22 de octubre de 1980, de la inaplicabilidad del artículo 40, apartado d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues esta última resolución meramente representa una interpretación del derecho a recurrir que ya preexiste en el precepto constitucional en defensa de un derecho fundamental, como lo es la presunción de inocencia, afectada por una resolución sancionadora, y así lo han entendido, además del auto referido las Sentencias del mismo Tribunal Constitucional de 31 de marzo, 6 de abril, 24 y 28 de junio de 1981”.

pauta o regla ético social o moral se valoró la misma, o cuál era el concreto comportamiento alternativo adecuado a los bienes que se dicen menoscabados. Es más, tampoco precisan si la conducta deshonrosa -o, en la dicción de la Sentencia el acto contrario a la dignidad y al honor- enjuiciada lo fue para el expedientado, para el Arma o Cuerpo al que pertenecía o para los Ejércitos, supuestos todos contemplados en el precepto sancionador utilizado y que no tienen necesariamente el mismo contenido ya que puede ser distinto el honor militar que el honor de los militares. Todo ello configura una carencia de argumentación que impide conocer, más allá de la inicial indeterminación del precepto, tanto el tenor de la norma concreta aplicada como si el paso de aquélla a éste se produjo de la mano de «criterios lógicos, técnicos o de experiencia», o de un «contexto legal y jurisprudencial» (SSTC 133/1987, 89/1993) que hacían de esta última una regla vigente y, de su contundente sanción una consecuencia previsible para la conducta reprochada y, muy especialmente, un límite al ejercicio del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar”<sup>42</sup>.

Sin embargo, los tribunales de honor continuaron funcionando hasta la promulgación de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, cuya disposición derogatoria dejó sin efecto el Tratado III del Código de Justicia Militar de 17 de junio de 1945 referente a los tribunales de honor, consiguiéndose así la total derogación de esta figura del ordenamiento jurídico español<sup>43</sup>.

Por todo ello, puede concluirse que el derecho al honor era reconocido y defendido en nuestro ordenamiento con anterioridad a la Constitución de 1978, aunque como sostiene PARDO FALCÓN en su comentario al artículo 18 de la Constitución, este reconocimiento del derecho al honor carecía de los límites y garantías exigibles en un sistema democrático<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Sentencia comentada en CALAFELL FERRÁ, V. J. (1999), “Reflexiones sobre los tribunales de honor militares a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/1.997, de 29 de septiembre”, *Revista de Española de Derecho Militar*, Nº 74, tomo I, págs. 233-261.

<sup>43</sup> MORENO GONZALEZ-ALLER, I. (1989), “La desaparición de los tribunales de honor castrenses en la Ley Orgánica 2/1982, de 13 de abril, procesal militar”, *Revista de Española de Derecho Militar*, Nº 54, tomo I, pp. 240 y 241, “[a] nuestro modo de ver la intención del legislador cuando definitivamente dio vida al artículo 26 era legitimar, a *contrario sensu*, los Tribunales de honor militares –al menos en tanto y en cuanto una ley especial no los prohibiera, como ha hecho ahora la Ley Procesal Militar, de 13 de abril de 1989-, lo que sin duda presentó una contradicción con los principios de la Ley Suprema, además de un atentado a la lógica jurídica. Y en este sentido oportunidades no le faltaron por haber abordado, en las sucesivas reformas operadas en la legislación militar, la prohibición de los Tribunales de honor. Así y por orden cronológico, ni la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar –que dio nueva redacción a ochenta y nueve artículos-, ni las leyes orgánicas 12 y 13/85, respectivamente referidas al régimen disciplinario y penal militar, ni incomprensiblemente la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, contemplan en su articulado la supresión de aquéllos. Habrá de esperarse –como ya se ha dicho- a la Ley Procesal Militar, cuya disposición derogatoria única deja sin vigor el Tratado III del Código de Justicia Militar, para que definitivamente desaparezcan de nuestro ordenamiento jurídico”.

<sup>44</sup> PARDO FALCÓN, J. (2009), “Comentario al art. 18 de la CE”, en MANZANO PÉREZ, M., BORRAJO INIESTA, I. (coordinadores), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Toledo, p. 416, “a diferencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, cuya relevancia en nuestro derecho preconstitucional había sido prácticamente nula, caso del primero, o limitada a su dimensión patrimonial, en el del segundo, la efectiva garantía a nivel jurídico del derecho al honor no



Este reconocimiento y protección histórica al honor fuera de nuestras Constituciones facilitó que en las Comisiones Constituyentes el artículo 18 de nuestra Constitución actual fuera aprobado por unanimidad, tal y como puede apreciarse en el Diario de Sesiones del Senado, donde se contempla: “Artículo 18.-Retiradas las enmiendas de los señores Cela y Truiock y De la Cierva y Hoces, se vota el texto del proyecto, que fue aprobado por unanimidad, con 23 votos”<sup>45</sup>.

En cuanto al principal precedente internacional del punto primero del artículo 18 de la Constitución de 1978, es *communis opinio* que éste se encuentra en el artículo 33 del texto original de la Constitución Portuguesa de 1976<sup>46</sup>, recorriéndose actualmente la referencia al

---

empieza ni mucho menos con su reconocimiento en la CE. Por el contrario, si no como derecho fundamental (concepto éste sin encaje en un régimen político antidemocrático), sí como bien jurídico primero, el honor tenía ya un contenido bastante delimitado en nuestro ordenamiento gracias sobre todo a la labor de la jurisdicción penal, aunque careciera de los límites naturales a que había de someterse en el nuevo marco jurídico-político, basado en la democracia, el pluralismo y, en definitiva, el régimen de libertades configurado por el nuevo texto constitucional”; en el mismo sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1990), “El derecho al honor en la evolución jurídica posterior al Código Civil”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, p. 1547, “[e]l venerable Código Civil cuyo centenario ahora se conmemora, no contempló expresamente el derecho al honor, como no trató ninguno de los hoy llamados derechos de la personalidad, del mismo modo que los demás códigos de la época. Fue la jurisprudencia la que llenó este vacío en base a reconocer el daño moral que se deriva del ataque al honor, como acto ilícito, indemnizable según lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil. La Sentencia de 6 de diciembre de 1912 tuvo una enorme trascendencia en un triple sentido: fue la primera que admitió los derechos de la personalidad; fue la primera que contempló y protegió el derecho al honor”; MUÑOZ CONDE, F. (2004), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 284, “[t]ambién civilmente está protegido el honor como un valor de la personalidad, considerándose, ya desde principios de siglo, indemnizables los ataques dirigidos contra él en base al art. 1902 del Código Civil y así se ha sostenido por la jurisprudencia civil desde la STS de 6 de diciembre de 1912”.

<sup>45</sup> Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución, año 1978, número 43, sesión número 5, celebrada el jueves 24 de agosto de 1978, p. 1797.

<sup>46</sup> ALZAGA VILLAAMIL, O. (1978), *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, p. 207, “[e]ste párrafo que tiene su precedente obvio en el art. 33 de la Constitución portuguesa, es de lo mejor que hemos tomado de la norma fundamental de nuestro país vecino, que no siempre se mueve a un nivel de técnica jurídica elogiabile. Es, a nuestro juicio, un precepto importante, que debe y puede permitir a nuestra legislación civil avanzar por la senda marcada por el Código Civil italiano de 1942, el griego de 1946, el egipcio de 1948, el japonés del mismo año, el filipino de 1949..., la jurisprudencia alemana abierta con el célebre caso en que los herederos de Bismarck se opusieron a la publicación de las fotografías del cadáver de éste, obtenidas sin su permiso, o la jurisprudencia mucho más reciente del Tribunal Supremo norteamericano..., para, en suma, poner coto a cierto tipo de noticias, reportajes, fotografías y restantes medios de intromisión, con carácter abusivo, en la vida de las personas y las familias”; SERRANO ALBERCA, J. M. (2001), “Comentario al art. 18.1 CE”, en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, p. 351, “[l]os derechos relativos a la intimidad personal y al honor no venían recogidos de forma expresa en nuestras constituciones, que sólo se referían a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Como excepción, el artículo 4º. Del Fuero de los Españoles establecía: «Los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar. Quien lo ultrajase cualquiera que fuere su condición, incurrirá en responsabilidad». No suelen reconocer las constituciones de forma expresa estos derechos, que sin embargo, están protegidos por el principio general

derecho al honor en la Constitución lusa en el apartado primero de su artículo 26, «[a] todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação»<sup>47</sup>.

Junto al precedente de la constitución portuguesa, debemos hacer mención al artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 («[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias o ataques») ya que todo parece indicar que fue un aliciente más para otorgar al honor la categoría de derecho fundamental en nuestro ordenamiento<sup>48</sup>.

Al igual que ocurre con la gran mayoría de los derechos fundamentales, en el caso del derecho al honor nuestra Constitución se limita a recoger este derecho sin otorgar una definición del mismo, siendo esta carencia de definición de los derechos fundamentales criticada por PECES-BARBA MARTÍNEZ, quien afirma que “[o]tras dimensiones de los derechos son reconocidos de manera genérica y sin los matices que incorpora nuestra propuesta, por ejemplo en la libertad de reunión y de asociación, donde se incluían procedimientos sumarios propios, de garantía de esos derechos, o en el derecho a la educación o en el referente a la información. También en algunos casos no se establece un reconocimiento constitucional directo, sino una norma de organización que manda al legislador ordinario regular una materia”<sup>49</sup>.

Todo esto implica que para que podamos discernir que engloba el honor susceptible de protección por nuestro ordenamiento jurídico debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en su categoría de máximo intérprete de nuestra Carta

---

de respeto a la dignidad de la persona humana. No obstante, como ejemplo de regulación expresa, es preciso citar la Constitución Portuguesa de 1976 que reconoce este derecho en el artículo 33”.

<sup>47</sup> *Diário Da República*, número 155, I-A Série, Sexta-feira, 12 de agosto de 2005.

<sup>48</sup> CABALLERO GEA, J.-A. (2004), *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e injurias*, Dykinson, Madrid, p. 17, “[e]l honor un bien jurídico con reconocimiento internacional en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el art. 10 del Convenio Europeo de 1950 y en el art. 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y que luego nuestra Constitución recoge y consagra en el art. 18.1, cuando declara «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»”; GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M. V. (2011), *Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978*, Sanz y Torres, Madrid, p. 231, “[l]a regulación constitucional del derecho al honor es de reciente formulación histórica ya que estos derechos que afectan a la esfera privada del individuo, se habían mantenido al margen del derecho público y regulados solamente en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. Así, el reconocimiento de los derechos derivados de la personalidad como derechos humanos, no se produce en los textos internacionales hasta después de la 2ª Guerra Mundial. En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12 proscribía la injerencia en la vida privada de las personas y los ataques a la honra y reputación”.

<sup>49</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1988), *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 54.

Magna, entiende que el derecho al honor depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico en el que nos encontremos, viéndose limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente, debiendo considerarse que todos los ciudadanos poseen el mismo rango de protección de su honor.

De esta forma, a modo de ejemplo, podemos citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1989, de 13 de noviembre (FJ. 4º), donde se contempla que “[e]l contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegidos por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión”<sup>50</sup>.

La definición que del derecho al honor proporciona la jurisprudencia del Tribunal Constitucional supone que no puede concebirse un concepto inamovible de honor, ya que es evidente que, como el mismo Tribunal señala, el honor es una noción que fluctúa con la evolución del tiempo, debiendo ser el juzgador correspondiente el que determine la existencia o no de vulneración al honor en cada caso concreto, teniendo que verse limitado este derecho, como no podría ser de otra forma, por el resto de derechos fundamentales.

En cuanto al desarrollo futuro de la regulación del derecho al honor, si bien no es posible encontrar una referencia expresa a este derecho ni en el fallido Tratado por el que se pretendía establecer una Constitución para Europa, ni en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ratificada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, sí que es posible hallar una referencia a la dignidad de la persona en ambos textos (artículo II-61 del Tratado constitucional europeo<sup>51</sup>, artículo 1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>52</sup>), así como a la integridad física y psíquica (artículo II-63.1<sup>53</sup> del Tratado y artículo 3.1 de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>54</sup>).

Parece indiscutible que cuando se habla del derecho a la dignidad (contemplado también en el artículo 10 de nuestra Constitución) o a la integridad psíquica de la persona (recogido igualmente en el artículo 15 de nuestro texto constitucional) se está haciendo de forma indirecta mención al derecho al honor, siendo esta referencia indirecta, a nuestro parecer,

---

<sup>50</sup> En la misma línea, encontramos la Sentencia del Tribunal Constitucional 297/2000, de 11 de diciembre, FJ. 7º, “ha de advertirse que también ese derecho fundamental al honor viene limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente, al ser todos de igual rango constitucional y, por lo tanto, de obligada coexistencia”.

<sup>51</sup> Art. II-61: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

<sup>52</sup> Art. 1: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

<sup>53</sup> Art. II-63.1: “Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica”.

<sup>54</sup> Art. 3: “Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica”.

muestra de que en las regulaciones de derechos fundamentales continúa considerándose necesario reflejar la protección de la esfera moral de la persona.

### 1.5 Recapitulaciones sobre los antecedentes históricos de la figura del daño moral

Tras el recorrido por la regulación de la figura del daño moral en las diferentes etapas históricas tratadas en este capítulo, es posible sostener que aunque pueden rastrearse vestigios de la existencia del daño moral, su presencia en el Derecho español es relativamente moderna, especialmente en lo que respecta al daño moral por incumplimiento del contrato.

De esta forma, mientras que la primera Sentencia del Tribunal Supremo relativa al resarcimiento del daño moral extracontractual data de 1912, no es hasta 1984 cuando el Alto Tribunal se pronuncia por primera vez sobre la figura del daño moral por incumplimiento del contrato<sup>55</sup>, estudiando en su Sentencia de 9 de mayo de 1984<sup>56</sup> el caso

---

<sup>55</sup> Por todos, NIETO ALONSO, A. (2006), “Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, Nº 3, 2006, pp. 1189 y 1190, “[l]a sentencia que por primera vez acepta, de modo explícito, la tesis favorable a la reparación del daño moral derivado del contrato y que es epítome de toda la doctrina jurisprudencial posterior en cuanto al reconocimiento del «daño moral contractual» es la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403) en la que se ha estimado el daño moral derivado de la contravención por la Compañía Telefónica Nacional de España de un contrato de publicidad celebrado con el actor. Daños morales sufridos como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica de la provincia de Lérida la inserción en letra negrilla del nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono de aquél. En este sentido, como se declara en el sexto considerando –de la primera sentencia–: la exigencia del resarcimiento por daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales como la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad en los casos en que, como el de autos y recursos, era realizada en la guía telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante, abogado en ejercicio, cuyos datos desaparecieron de la guía durante un año, con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos, tales como, *mutatis mutandis*, es corriente en el mundo de la publicidad, en el que la permanencia del anuncio se convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional”; en el mismo sentido, aunque criticando la estimación del daño moral por incumplimiento del contrato en la Sentencia de 9 de mayo de 1984, DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 793, “[l]a jurisprudencia más reciente, sin embargo, se inclina a un posible resarcimiento de los daños morales contractuales. Esta línea aparece en la STS de 9 de mayo de 1984, continuada por algunas otras posteriores, especialmente en supuestos de contratos con la compañía telefónica, en que se produjo una falta de inserción en la guía o una inserción defectuosa en ella de los nombres de algunos abonados. El problema es de delimitación del concepto mismo de daño moral, del que no resulta posible ocuparse en este lugar. El descrédito en el ámbito comercial o profesional y la pérdida de la clientela, que se encuentra en la raíz del caso que examinó la STS de 9 de mayo de 1984 (abogado omitido en la guía), no son con probabilidad daños morales, sino estrictamente daños económicos y capítulos de un posible lucro cesante”.

<sup>56</sup> Sentencia comentada en IGARTUA ARREGUI, F. (1984), “Sentencia de 9 de mayo de 1984. Daño moral contractual. Reconocimiento en sentencia apelada. Daños y perjuicios e incumplimiento de contrato.

de un abogado que como consecuencia de que sus datos personales fueran eliminados de la guía telefónica de la provincia de Lérida en 1977, datos que sí habían figurado en todas las guías telefónicas a partir de 1960 conforme al contrato del servicio telefónico que esta persona tenía suscrito con la compañía, había padecido toda una serie de daños morales derivados de dicho incumplimiento contractual.

El Tribunal Supremo indicó en el Considerando cuarto de esta Sentencia que “lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el art. 1258 del C. Civ. al decir que el contrato obliga «no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir «in re ipsa» el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración factiblemente valorable, sin más prueba que la propia omisión, naturalmente según casos y circunstancias, a lo que la propia jurisprudencia citada como restrictiva da pie al decir «que no siempre» el incumplimiento produce el deber de resarcir”.

Además, el Tribunal Supremo no se limitó únicamente a aceptar el resarcimiento del daño moral ocasionado por un incumplimiento de un contrato, sino que señaló una cuestión que resulta clave en el estudio de este daño, el hecho de que la dificultad en los medios de prueba no debe ser obstáculo para el resarcimiento del daño sufrido, aclarándose de esta forma en el Considerando sexto que “sentada por la Sala la existencia de culpa en la Compañía, vista y probada por la omisión negligente del nombre y datos del abonado en su Guía, no cabe obviar su natural consecuencia so pretexto de su indeterminación, prueba y producción económica, cuando esa dificultad puede ser superada con los elementos probatorios que se ofrecen, fundamentalmente el hecho mismo del incumplimiento (el daño «in re ipsa»), que es base suficiente para la obtención del valor cuantitativo o repercusión económica («Premium singulare»), bien haciéndolo en el proceso, ora en su ejecución, como autoriza el art. 360 de la Ley Procesal y así hizo el Juez de Primera Instancia al remitir el tema al período ejecutivo”.

Lo reciente de la figura del daño moral por incumplimiento de contrato no es algo exclusivo del Derecho español, sino que suele ser la tónica general de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, con independencia de que nos encontremos ante sistemas de *civil law* o de *common law*, y aunque la regulación del daño moral por incumplimiento de contrato en estos Estados será una cuestión que tratemos detenidamente en las páginas siguientes, podemos adelantar, a modo de ejemplo, que en Reino Unido la Sentencia emitida por *House of Lords* en el año 1909 del caso *Addis v. Gramophone*, en la que se negó una indemnización por el daño moral padecido como consecuencia de un despido laboral,

---

Frustración de las expectativas basadas en el contrato. Lesión a la permanencia en el ejercicio de una actividad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 5, págs. 1631-1644.

implicó que se impusiera como precedente la no indemnización del daño moral por incumplimiento del contrato, siendo esta regla general de no aceptación del daño moral contractual asumida también por la jurisprudencia norteamericana.

Han tenido que transcurrir años para que tanto la jurisprudencia británica como la jurisprudencia norteamericana hayan mostrado signos de apertura en la indemnización del daño moral contractual, habiendo sido aceptada la posibilidad de estimar e indemnizar los daños no patrimoniales en el incumplimiento de contratos cuyo objeto principal consiste en proporcionar un bienestar o descanso a la parte contratante como, por ejemplo, en la contratación de unas vacaciones.

## CAPÍTULO 2. EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.1 Sistemas de *common law*

#### 2.1.1 Tratamiento del daño moral en los principales sistemas de *common law*

##### 2.1.1.1 Reino Unido

En los sistemas de *common law*, al igual que en los ordenamientos de *civil law*, como menciona LANDO de forma muy general, entre los remedios por incumplimiento de contrato figuran las indemnizaciones por daños<sup>57</sup>. La cuestión que concierne a este trabajo es si entre los remedios por incumplimiento del contrato que son admitidos en estos ordenamientos se encuentran los daños extrapatrimoniales y, en tal caso, cuáles son los requisitos exigidos por los tribunales para poder estimar la existencia de los mismos.

En este sentido, debemos comenzar indicando que la admisión del daño moral por incumplimiento del contrato por parte de los tribunales británicos ha ido evolucionando con el paso del tiempo. En un principio, la Sentencia emitida por la *House of Lords* sobre el caso *Addis v. Gramophone Co. Ltd*, en la que un empleado reclamaba a la empresa daños morales causados por su despido, el Tribunal reconoció al empleado la indemnización que le correspondía por el despido sufrido pero no apreció ningún tipo de indemnización por daños morales derivados de dicho despido.

Una muestra de la conclusión reflejada en el caso *Addis v. Gramophone Co. Ltd* la encontramos en la opinión expuesta por LORD SHAW OF DUNFERMLINE, quien indicó que aunque el despido ocasionara lesiones que no eran tangibles, no podía considerarse que tales daños debieran ser indemnizados por una acción diferente ya que esta posibilidad no era permitida por la ley, poniendo para ello como ejemplo el tratamiento de un despido improcedente acontecido en la India<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup>LANDO, O. (1998), "Non-performance (breach) of contracts", en AA.VV. HARTKAMP, A. (editor), *Towards a European civil code*, 2ª edición, Kluwer Law International, The Hague, p. 682, "[t]he remedies for breach include specific performance, termination and damages"; en la misma línea, de manera muy general,; RIBEIRO, R. (2005), *Commercial Litigation: Damages & Other Remedies for Breach of Contract*, Thorogood Publishing Ltd., Londres, p. 77, "[a]n indemnity operates to provide that the party giving the indemnity will pay either the indemnified party, or in appropriate cases a third party, sums of money to compensate for or to make good loss or damage".

<sup>58</sup> Opinión de LORD SHAW OF DUNFERMLINE reflejada en el caso *Addis v. Gramophone Co. Ltd*: "There remains, however, my Lords, a class of cases in which the injury accompanying the dismissal arises from causes less tangible, but still very real, circumstances involving harshness, oppression, and an accompaniment of obloquy. In these cases, unhappily, the limitations of the legal instrument do appear; these cases would not afford separate grounds of action because they are not cognizable by law. The very instance before your Lordships' House may afford an illustration. Here a successor to the plaintiff in a responsible post in India was appointed in this country, without previous notice given by the defendants; the successor enters the business premises to take, by their authority, out of

Las conclusiones reflejadas en la Sentencia *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* se impusieron como precedente, por lo que durante una gran cantidad de tiempo se consideró que el Derecho inglés excluía en todos los casos la admisión del daño moral por incumplimiento del contrato<sup>59</sup>.

De esta forma, es posible encontrar resoluciones posteriores en las que usando de base la Sentencia comentada excluían cualquier indemnización por daño moral contractual, siendo claro ejemplo de ello la opinión vertida por DILLON LJ (*judgment-1*) en el caso *Bliss v. South East Thames RHA* (Sentencia emitida por la *Court of Appeal (Civil Division)*), quien sostuvo que la regla general recogida por *The House of Lords* en *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* impedía que en los daños por incumplimiento del contrato, a diferencia de en la vía de los *torts*, no pudieran contemplarse daños generales por frustración, angustia mental, sentimientos dañados o cualquier otra molestia derivada del incumplimiento. Aunque DILLON LJ también señaló que el pensamiento moderno tendía a considerar que los daños causados tendrían que ser indemnizados tanto por la acción contractual como por la vía de los *torts*, resaltó que en *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* LORD LOREBURN entendió que el daño moral no podía ser resarcido por un despido improcedente, siendo esta opinión apoyada por LORD JAMES OF HEREFORD<sup>60</sup>.

---

*the hands of the plaintiff those duties with which the defendants have by contract charged him, and he does so almost simultaneously with the notice of the defendants bringing the contract to a sudden termination; while, even before this notice reached his hands, the defendants' Indian bankers had been informed of the termination of the plaintiff's connection with and rights as representing their firm. Undeniably all this was a sharp and oppressive proceeding, importing in the commercial community of Calcutta possible obloquy and permanent loss. Yet, apart from the wrongful dismissal, and on the hypothesis that the defendants are to be held liable in the full amount of all the emoluments and allowances which would have been earned by the plaintiff but for the breach of contract, there seems nothing in these circumstances, singly or together, which would be recognized by the law as a separate ground of action. If there should be, it will, on the principle I have referred to, remain; but if there be not, I cannot see why acts otherwise non-actionable should become actionable or relevant as an aggravation of a breach of contract which, ex hypothesi, is already fully compensated".*

<sup>59</sup> HALSON, R. (2003), "Claims for Non-Pecuniary Loss in Employment Tribunals Following *Johnson v Unisys*", *Industrial Law Journal*, Vol. 32, no. 3, june 2003, p. 215, "[t]he attitude of the common law to the recovery of damages for non-pecuniary loss also reveals a variety of approaches. The old case of *Addis v Gramophone Co Ltd* [1909] AC 488 has long been interpreted as ruling out at least damages for non-pecuniary loss arising from wrongful dismissal"; STONE, R. (2011), *The modern law of contract*, Routledge, London, p. 461, "[t]he traditional view is that expressed in *Addis v Gramophone Co. Ltd.* The House of Lords refused to uphold an award which had been made in relation to the 'harsh and humiliating' way in which the plaintiff had been dismissed from his job in breach of contract".

<sup>60</sup> opinión vertida por DILLON LJ (*judgment-1*) en el caso *Bliss v. South East Thames RHA* (Sentencia emitida por *Court of Appeal (Civil Division)*): "The general rule laid down by the House of Lords in *Addis v Gramophone Company Ltd* (1909) AC 488 is that where damages fall to be assessed for breach of contract rather than in tort it is not permissible to award general damages for frustration, mental distress, injured feelings or annoyance occasioned by the breach. Modern thinking tends to be that the amount of damages recoverable for a wrong should be the same whether the cause of action is laid in contract or in tort. But in *Addis* Lord Loreburn regarded the rule that damages for injured feelings cannot be recovered in contract for wrongful dismissal as too inveterate to be altered, and Lord James of Hereford supported his concurrence in the speech of Lord Loreburn by reference to his own experience at the Bar".



Más adelante, con la publicación de la sentencia *Bailey v. Bullock* (sentencia en la que se estudia la situación de un matrimonio que se ve obligado a residir durante dos años en la vivienda de la familia de la mujer debido a la mala praxis de un abogado que impidió que pudieran recuperar la posesión de una vivienda en poder de un tercero) parece producirse un cierto avance en la materia, al estimarse la indemnización de las molestias sufridas por el matrimonio (*damages for inconvenience*), aunque siguen sin apreciarse los daños morales (angustia, humillación, etc.) que los sujetos sufrieron por tener que residir en una vivienda distinta a la que habían adquirido (*damages for distress*).

Sin embargo, esta diferenciación recogida por la jurisprudencia británica entre *damages for inconvenience* y *damages for distress* ha sido cuestionada por parte de la doctrina, debido a la existencia de situaciones en las que resulta complicado distinguir entre estos dos tipos de daño, ya que la comisión de uno de ellos puede dar lugar a la aparición del otro, siendo ejemplo de este cuestionamiento la opinión manifestada por TREITEL, quien indica que es obvio que no es fácil distinguir entre estos dos tipos de daño, ya que los *damages for distress* son resultado de las molestias que pueden originarse en estos casos<sup>61</sup>.

Aunque donde realmente podemos apreciar un aperturismo de la jurisprudencia anglosajona en lo que a la aceptación del daño moral contractual se refiere, ha sido en aquellas situaciones en las que se produce el incumplimiento de contratos cuyo objeto principal consiste en proporcionar bienestar, descanso, etc., a la parte contratante.

Una muestra de ello la encontramos en la opinión vertida por DAVIES (*lord justice*) en el caso *Jarvis v. Swans Tour Ltd. (Court of Appeal)*. DAVIES sostuvo que cuando un hombre ha pagado por unas vacaciones vigorizantes y divertidas y no las consigue, y vuelve a casa con sus expectativas frustradas, sería un error que esta frustración no se reflajase en los daños que fueran indemnizados. Asimismo, DAVIES puso como ejemplo al juez PUGH quien tuvo este punto de vista en el caso *Feldman v. Allways Travel Services*, también relativo a unas vacaciones que no se correspondieron con lo contratado, al apreciar los sentimientos de enfado que tuvieron los demandantes<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> TREITEL, G. (2000), *The law of contract*, Sweet & Maxwell, London, p. 921, “[i]t is obviously not easy to distinguish sharply between these two kinds of injury; and damages for distress resulting from the discomfort can be recovered in such cases”; de igual forma, HORTON ROGERS, W. V. (2001), “Damages under english law”, en en MAGNUS, U. (editor), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Londres, p. 59, “[t]he latter category covers, for example, pain and suffering and loss of amenity in a case of personal injury; loss of reputation in a case of libel; social discredit in a case of malicious prosecution; mental distress; or physical inconvenience and discomfort”; STONE, R. (2011), pp. 464 y 465, “the critical distinction to be drawn is not a distinction between the different types of inconvenience or discomfort of which complaint may be made, but a distinction based on the cause of the inconvenience or discomfort. If the cause is no more than disappointment that the contractual obligation has been broken, damages are not recoverable even if the disappointment has led to a complete mental breakdown. But, if the cause of the inconvenience or discomfort is a sensory (sight, touch, hearing, smell etc) experience, damages can, subject to the remoteness rules, be recovered”.

<sup>62</sup> EDMUND DAVIES (*lord justice*), caso *Jarvis v. Swans Tour Ltd. (Court of Appeal)*: “When a man has paid for and properly expects an invigorating and amusing holiday and, through no fault of his, returns home dejected because his expectations have been largely unfulfilled, in my judgment it would be quite wrong to say that his disappointment must find no reflection in the damages to be awarded. And it is right to add that, in the course of

Las sentencias citadas nos permiten poder sostener que los tribunales ingleses presentan una mayor predisposición a estimar la existencia de daño moral contractual cuando quien contrata unas vacaciones no obtiene el bienestar que esperaba conseguir en el desarrollo de éstas, pues en estos casos los tribunales entienden como algo evidente que el objeto principal del contrato es proporcionar un bienestar a la parte contratante y que si tales expectativas son incumplidas, el perjudicado debe tener derecho a que los daños emocionales derivados del incumplimiento contractual sean resarcidos<sup>63</sup>.

Aunque el principal grupo de casos donde se admite el reconocimiento del daño moral contractual son aquellos en los que se produce un incumplimiento de contratos relacionados con viajes o vacaciones, es posible hablar de una tendencia más reciente en la que la jurisprudencia británica flexibiliza el precedente del no reconocimiento del daño moral por incumplimiento del contrato en aquellos casos en los que el contrato no posea una naturaleza estrictamente financiera<sup>64</sup>.

Ejemplo de ello es el caso *Farley v. Skinner (House of Lords)*. En este supuesto, Farley contrató a Skinner para que elaborase un informe pericial sobre el ruido que existía en una propiedad para de esta forma decidir sobre su adquisición. El informe de Skinner determinó que el ruido de aviones era aceptable, lo que no correspondía con la realidad. La *House of Lords* entendió que en esta situación el riesgo de la existencia de ruido de aviones era determinante para poder disfrutar de la propiedad, por lo que la falsedad del informe supuso un incumplimiento contractual que derivó en daños por la imposibilidad de obtener el beneficio del disfrute pacífico de la propiedad adquirida.

---

*his helpful submissions, Mr. Thompson did not go so far as to submit anything of the kind. Judge Alan Pugh took that view in Feldman v. Allways Travel Services, noted in 1957 Current Law Year at paragraph 934. That, too, was a holiday case. The highly experienced senior County Court Judge there held that the correct measure of damages was the difference between the price paid and the value of the holiday in fact furnished, "taking into account the plaintiff's feelings of annoyance and frustration"; en el mismo sentido, JAMES (lord justice) sostiene en el caso Jackson v. Horizon Holidays Lmtl. (Court of Appeal), "[i]n this case Mr. Jackson, as found by the Judge on the evidence, was in need of a holiday at the end of 1970. He was able to afford a holiday for himself and his family. According to the form which he completed, which was the form of Horizon Holidays Ltd., he booked what was a family holiday. The wording of that form might in certain circumstances give rise to a contract in which the person signing the form is acting as his own principal and as agent for others. In the circumstances of this case as indicated by the Master of the Rolls, it would be wholly unrealistic to regard this contract as other than one made by Mr. Jackson for a family holiday. The Judge found that he did not get a family holiday. The costs were some £1200. When he came back he felt no benefit. His evidence was to the effect that, without any exaggeration, he felt terrible. He said: "The only thing, I was pleased to be back, very pleased, but I had nothing at all from that holiday." For my part, on the issue of damages in this matter, I am quite content to say that £1100 awarded was the right and proper figure in those circumstances".*

<sup>63</sup> BURROWS, A. S. (1987), *Remedies for torts and breach of contract*, Butterworths, Londres, p. 203, "[f]irst and most important is where the predominant object of the contract, from the plaintiff's point of view, was to obtain mental satisfaction, whether enjoyment or relief from distress. The ruined holiday cases, such as *Jarvis v Swan's Tour* and *Jackson v Horizon Holidays* most obviously fall within this".

<sup>64</sup> ROWAN, S. (2012), *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford University Press, Nueva York, p. 126, "[i]t is possible that the recent trend in English case law away from steadfast adherence to the prohibition on damages for non-pecuniary loss may represent the beginning of increasing recognition of contractual interests which are not financial in nature".

Una muestra de lo indicado la encontramos en la opinión que LORD CLYDE expresa en el punto 44 de este caso. LORD CLYDE sostuvo que en la situación enjuiciada se podía calificar como uno de los supuestos excepcionales en los que se había celebrado un contrato con el objeto de obtener paz o placer y que esto había sido incumplido ya que el ruido de los aviones interfería con el disfrute pacífico de la propiedad, por lo que la parte perjudicada podía solicitar la indemnización de daños ocasionados por el incumplimiento del contrato<sup>65</sup>.

Por todo ello, podemos sostener que las situaciones en las que la jurisprudencia británica contempla el resarcimiento de los daños morales contractuales se refiere a casos en los que el fin del contrato es facilitar un estado de felicidad, por lo que el quebranto de dicho contrato lleva aparejada de forma directa un daño moral, esto es, *damages for distress*.

De esta forma, MCKENDRICK y WORTHINGTON mantienen que las partes contratantes pueden sufrir daños no patrimoniales en dos grupos de casos. Primero, cuando el perjudicado ha contratado un beneficio inmaterial (como disfrute, paz mental, situaciones de relajación sin molestias externas) y éste es incumplido. Segundo, cuando se produce un incumplimiento de contrato (en particular, el incumplimiento de un contrato de consumo) que pueda implicar un daño moral, como por ejemplo cuando el consumidor no ha contratado un beneficio inmaterial pero como consecuencia del incumplimiento ha padecido daños no patrimoniales<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Opinión expuesta por LORD CLYDE en el punto 44 del caso *Farley v. Skynner* (House of Lords): “The object of the request to consider the risk of aircraft noise was very plainly to enable the plaintiff to determine the extent of the peace and quiet which he could enjoy at the property. It would be within the contemplation of the defendant that if the noise was such as to interfere with the occupier's peaceful enjoyment of the property the plaintiff would either not buy it at all or live there deprived of his expectation of peace and quiet. Each of these consequences seems to me to flow directly from the breach of contract so as to enable an award of damages to be made on one or other basis. The present case can in my view qualify as one of the exceptional cases where a contract for peace or pleasure has been made and breached, thereby entitling the injured party to claim damages for the disappointment occasioned by the breach”.

<sup>66</sup> MACKENDRICK, E., WORTHINGTON, K. (2005), “Damages for non-pecuniary loss”, en COHEN, N., MACKENDRICK, E. (editores), *Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford, p. 288, “[c]ontracting parties may suffer non-pecuniary loss in at least two senses. First, the injured party may actually contract for some non-pecuniary benefit (such as enjoyment, peace of mind, or freedom from distress or molestation). In such a case, breach of the particular (often implied) term will involve the loss of some non-pecuniary benefit. This type of loss is referred to in this chapter as a ‘positive loss’. Secondly, a breach of contract (in particular, a breach of a consumer contract) may entail some form of non-pecuniary loss. For example, a consumer may not have contracted for any particular non-pecuniary benefit but, as a result of the breach, may nevertheless have suffered some non-pecuniary loss which is not too remote a consequence of the breach. In such a case the claimant may be entitled to recover these ‘consequential losses’ from the party in breach. This type of loss is referred to in this chapter as ‘consequential’ loss. At the boundaries, especially in talking of implied contractual terms, there may well be overlap between these two types of loss. In any case, under either head it is clear that a more expansive notion of loss than a notion which encompasses purely financial loss will be required properly to compensate the injured party. It is equally clear that in both cases any expanded notion of loss will have to be limited by the normal principles applicable to contract (and, where relevant, tort) damages”; BEATSON, J. (1998), *Anson's law of contract*, Oxford University Press, New York, p. 561, “[h]owever, after some hesitation, it now appears to be established that damages for distress can be given where the contract is one to provide enjoyment or to prevent distress, or where the

Todo lo indicado a lo largo de este punto lo podemos encontrar resumido en la Sentencia referente al caso *Watts v. Morrow* (Court of Appeal) en la que se trata el supuesto de una pareja que deseaba adquirir una segunda vivienda en una zona rural sin que tuvieran que realizar ningún tipo de obra para poder hacer un uso inmediato y pacífico de la misma.

Para ello, antes de adquirir la vivienda, los compradores encargaron un informe pericial sobre el estado en el que se encontraba ésta, concluyéndose en dicho informe que la vivienda poseía condiciones optimas para poder ser habitada, con la excepción de unos pequeños desperfectos que podrían ser subsanados sin urgencia con obras menores.

Al poco tiempo de adquirir la vivienda, los compradores pudieron observar como padecía desperfectos estructurales que no se habían recogido en el informe pericial encargado y que tuvieron que subsanar contratando y abonando las reformas correspondientes.

Todo ello propició que esta pareja tuviera que residir todos los fines de semana durante meses en un inmueble sobre el que se estaban realizando diferentes tareas de construcción con todos los inconvenientes y molestias que ello supuso como, por ejemplo, el no disponer de baño o el no poder usar todas las dependencias de la vivienda.

En lo que respecta al daño moral contractual, en el punto segundo *damages for distress and inconvenience* de esta Sentencia se aclara que un incumplimiento de contrato no implica generalmente ningún tipo de angustia, frustración, ansiedad, disgusto, enojo, tensión o agravamiento al afectado, no estando fundada esta regla en el supuesto de que estas reacciones no sean previsibles. Pero esta norma no es absoluta. Cuando el objeto de un contrato es proporcionar placer, relajación, paz mental o ausencia de molestias, los daños pueden ser reconocidos si el resultado obtenido es contrario al esperado<sup>67</sup>.

---

*plaintiff's distress is directly consequential on physical loss caused by the breach of contract*"; THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (2000), "Comentario al art. 9:501 PECL", en LANDO, O., BEALE, H. (editors), *Principles of european contract law*, parts I and II, edición de 2000, Kluwer Law International, The Hague, p. 437, "damages are not awarded for vexation or disappointment unless the contract was specifically meant to provide enjoyment"; TREITEL, G. (2000), p. 921: "Damages for distress or vexation can be awarded in a group of cases in which at least one of the main objects of the contract was to provide enjoyment, security, comfort or sentimental benefits. Such awards have, for example, been made against a travel agent who broke his contract to provide a couple with accommodation for their honeymoon; against a Package-tour operador who provided accommodation falling short of the standar promised and so spoilt his client's holiday; against a carrier for breach of a contract to convey guests to a wedding; against a photographer for breach of a contract to take wedding photographs; against a cemetery for breach of a contract to grant exclusive burial rights; and against a landlord for breach of his covenant to repair, which left a flat so damp as to make it uninhabitable".

<sup>67</sup> *Watts v. Morrow* (Court of Appeal), punto segundo *damages for distress and inconvenience*: "A contract-breaker is not in general liable for any distress, frustration, anxiety, displeasure, vexation, tension or aggravation which his breach of contract may cause to the innocent party. This rule is not, I think, founded on the assumption that such reactions are not foreseeable, which they surely are or may be, but on considerations of policy. But the rule is not absolute. Where the very object of a contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation, damages will be awarded if the fruit of the contract is not provided or if the contrary result is procured instead. If the law did not cater for this exceptional category of case it would be defective. A contract to survey the condition of a house for a prospective purchaser does not, however, fall within this exceptional category. In cases not

Por lo tanto, podemos concluir que la regla general que impera en Reino Unido es la de no aceptación del daño moral por incumplimiento de un contrato, salvo que nos encontremos ante un contrato cuyo principal objeto consista en proporcionar un bienestar al acreedor del mismo<sup>68</sup>, siendo una clara muestra de ello el segundo apartado *damages for distress and inconvenience* de la Sentencia *Watts v. Morrow*.

---

*falling within this exceptional category, damages are in my view recoverable for physical inconvenience and discomfort caused by the breach and mental suffering directly related to that inconvenience and discomfort. If those effects are foreseeably suffered during a period when defects are repaired I am prepared to accept that they sound in damages even though the cost of the repairs is not recoverable as such. But I also agree that awards should be restrained, and that the awards in this case far exceeded a reasonable award for the injury shown to have been suffered. I agree with the figures which Ralph Gibson L.J. proposes to substitute”.*

<sup>68</sup> Esta conclusión es compartida por TREITEL, G. (2000), p. 923, “[t]here is a separate rule that damages cannot be recovered for the “anxiety” which a breach of contract may cause to the injured party. The rule is “not...founded on the assumption that such reactions are not foreseeable, which they surely are or may be, but on considerations of policy”. The policy consideration here referred to seems to be the fact that anxiety is an almost inevitable concomitant of expectations based on promises, so that a contracting party must be deemed to take the risk of it”; HORTON ROGERS, W. V. (2001), “England. Non-pecuniary loss under english law”, en HORTON ROGERS, W. V. (editor), *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, Nueva York, p. 65, “[t]he general position is that damages for non-pecuniary loss are not recoverable in an action for breach of contract. The principal exception is that damages may be recovered for distress or anxiety where the object of the contract was to provide freedom from those states, e. g. to obtain a non-molestation order for the claimant’s protection, to provide a holiday or to provide a burial plot”; HARRIS, D., CAMPBELL, D., HALSON, R. (2002), *Remedies in contract and tort*, Cambridge University Press, London, p. 438, “[d]amages for non-pecuniary loss are inconsistent with the concept of compensation as a component of social security against want or as a right that justifies treating non-pecuniary loss as a matter for legal adjudication. There is no standard of ‘full’ compensation against which to measure the assessment of damages for non-pecuniary losses. The arbitrary sums awarded are an acknowledgement of these losses but can in no sense replace what has been lost”; SOLÉ FELIÚ, J. (2009), “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”, *Indret* 1/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 9 y 10: “En el Reino Unido, la posición de la jurisprudencia también ha evolucionado desde posiciones totalmente restrictivas hacia criterios de mayor flexibilidad que operan por vía de excepción. Así, la regla tradicional que rechaza la indemnización de las molestias, decepciones y frustraciones derivadas de un incumplimiento contractual se encuentra en la clásica sentencia *Addis v. Gramophon Co. Ltd.*<sup>31</sup>. En ella, la *House of Lords* inglesa negó la indemnización del daño moral a un trabajador que había sido despedido por su empleador de forma “cruel y humillante”. Al trabajador se le reconoció el derecho a la indemnización por pérdida de salario y de comisiones, pero no por los sentimientos dañados por la forma en que se había desarrollado el despido. Ésta sigue siendo todavía la regla vigente en el Reino Unido, como demuestra de forma más reciente la sentencia *Farley v. Skinner* (2001), en la que la *House of Lords* de nuevo afirmó que “el principio general es que la indemnización sólo se concede por los daños patrimoniales que derivan del incumplimiento”, y citando la sentencia *Watts v. Morrow* (1991), señaló que “quien incumple un contrato, por regla general no es responsable por la aflicción, la frustración, la angustia, el disgusto, la vejación, la tensión o irritación que su incumplimiento contractual pueda causar al acreedor”. Como en el derecho norteamericano, uno de los argumentos comúnmente alegados en el Reino Unido para justificar dicha regla se basa en el carácter normalmente comercial de las relaciones contractuales, que hace que el sufrimiento psicológico asociado al incumplimiento se considere parte del riesgo empresarial asumido por los contratantes. Según razona *Lord Atkinson* en la sentencia *Addis*, «aplicar en su totalidad los principios de valoración del daño propios de la responsabilidad extracontractual a los casos de daños derivados de un incumplimiento contractual produciría confusión e incertidumbre en el ámbito de las relaciones comerciales»”.

Probablemente, que entre los tribunales del Reino Unido la aceptación del daño moral contractual continúe constituyendo hoy por hoy una excepción a la regla general puede deberse a las dificultades que puede implicar la propia naturaleza que poseen los daños no patrimoniales

En este sentido, *The Law Commission Damages for Personal Injury* recoge como argumentos en contra del reconocimiento de los daños extrapatrimoniales: el carácter ofensivo de la indemnización monetaria de este tipo de daños; el hecho de que ninguna cantidad pueda adecuarse a la compensación del daño personal; el coste de la compensación del daño no patrimonial; y que exista un elemento punitivo en el reconocimiento de los daños no patrimoniales; y que estos daños constituyan una barrera para el resarcimiento. Esta Comisión también señala que si se adopta un enfoque funcional a los daños no patrimoniales, habría que analizarlos en función del coste de la sustitución del beneficio, por lo que sólo los daños económicos podrían ser compensados<sup>69</sup>.

Sin embargo, la propia *The Law Commission Damages for Personal Injury* terminó por reconocer la necesidad de apreciar los daños no patrimoniales, al concluir que la gran mayoría de las víctimas pensaban que los daños no patrimoniales debían ser admitidos, mostrándose conforme con esta conclusión un 97,5 por ciento de los encuestados, por lo que *The Law Commission Damages for Personal Injury* optó por recomendar que se conservase el reconocimiento de los daños no patrimoniales<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> THE LAW COMMISSION DAMAGES FOR PERSONAL INJURY (1996), "Damages for personal injury: non-pecuniary loss. A consultation paper", *Law Commission Reforming the Law*, consultation paper No 140 (<http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/damages-for-personal-injury-collateral-benefits.htm>), p. 83, "[a]rguments against the availability of damages for non-pecuniary loss include: the moral offensiveness of monetary indemnification for this type of loss; the fact that no sum can ever adequately compensate serious personal injury; the cost of compensating non-pecuniary loss; and that there is a punitive element underlying damages for non-pecuniary loss; and that these damages constitute a barrier to rehabilitation. It should also be noted that, if one adopts the 'functional' approach to non-pecuniary loss (discussed in the next section) damages for so-called non-pecuniary loss are approached in terms of the cost of substitute pleasures so that, in reality, only pecuniary losses are being compensated"; en un sentido similar podemos citar a BEALE, H. (1980), *Remedies for breach of contract*, Sweet & Maxwell, Londres, p. 170, "[i]njured feelings and loss of reputation caused by a breach of contract are not fully compensated in English law and the Courts have shown considerable reluctance to award damages for intangible consequential losses, probably because of the difficulty of assessing the loss and the fear of spurious claims"; ROWAN, S. (2012), p. 122, "[a] variety of reasons have been advanced as justifying the general principle that non-pecuniary loss occasioned by a breach of contract is not compensable. The historical antecedents of contract law as regulating commercial relationships, with contracts regarded as being no more than economic vehicles, provides at least a partial explanation. Another frequently cited reason is the perception that there may be parallels between punitive damages, which are unavailable for breach of contract, and damages for non-pecuniary loss".

<sup>70</sup> THE LAW COMMISSION DAMAGES FOR PERSONAL INJURY (1998), "Damages for personal injury: non-pecuniary loss. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform: Damages", *Law Commission Reforming the Law*, Law Com No 257 (<http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/damages-for-personal-injury-collateral-benefits.htm>), p. 5, "[s]hould damages for non-pecuniary loss be available at all? In the consultation paper we reached the strong provisional conclusion that damages for non-pecuniary loss owing to personal injury should be retained. Such damages recognise the personal as well as the financial consequences of injury. Abolition of them may be thought to discriminate unfairly against those, such as the unemployed, who do not suffer any, or any substantial, pecuniary loss as a result of personal injury. Furthermore, almost all of the accident victims who took part in our empirical survey thought that damages should be available for nonpecuniary loss. There was widespread

Y aunque, si bien es cierto, que esta Comisión centra la práctica totalidad de su estudio al daño moral extracontractual, entendemos que esta referencia a la necesidad de apreciar el daño moral es extrapolable a los daños no patrimoniales derivados de incumplimientos contractuales, lo que al fin y al cabo supone un apoyo a la jurisprudencia que ha abierto la vía para poder estimar estos daños.

Por todo ello, podemos dar por finalizado este apartado sosteniendo que si bien el principio general de no aceptación del daño moral contractual continua presente en la jurisprudencia del Reino Unido, también es cierto que es posible apreciar una evolución hacia la “flexibilización” de esta regla en los tribunales británicos.

#### 2.1.1.2 Estados Unidos

Aunque la indemnización por daños contractuales es común en el Derecho norteamericano, señalando FARNSWORTH en este sentido que la indemnización por daños es la forma común del remedio por el incumplimiento del contrato y que prácticamente cualquier incumplimiento otorga a la parte lesionada una reclamación por daños y perjuicios, incluso si la infracción no causó pérdida o si el monto de la pérdida no está probada con suficiente certeza, en cuyo caso la parte perjudicada podrá recuperar una pequeña suma<sup>71</sup>, en lo que respecta al daño moral ocurre lo mismo que veíamos en el caso de Reino Unido, la regla general es la de no aceptación del daño moral por incumplimiento del contrato, lo que al parecer se debe a las dificultades intrínsecas a estos daños como, por ejemplo, la falta de previsibilidad que suele caracterizarlos<sup>72</sup>.

Tal regla ha sido adoptada no sólo por la doctrina norteamericana, sino también por los diferentes tribunales del país, como en el caso *Allen v. Jones, Court of Appeals of California*,

---

*support from our consultees for this view. Of those who responded on this issue, 97.5 per cent agreed with us. Many consultees endorsed the reasons we had given for our conclusion. Consultees tended to express their support for the existence of damages for non-pecuniary loss in forthright terms, appealing to concepts of justice and to the views of victims. Support by the public in general for the existence of such damages was also seen as significant. We therefore recommend that damages for non-pecuniary loss should be retained”.*

<sup>71</sup> FARNSWORTH, E. A. (1999), *United States contract law*, Juris Publishing, United States of America, pp. 173 y 174, “[t]he award of damages in the common form of relief for breach of contract. Virtually any breach gives the injured party a Claim for damages. Even if the breach caused no loss or if the amount of loss is not proven with sufficient certainty, the injured party can recover as nominal damages a small sum, Commonly six cents or a dollar, fixed without regard to the amount of the loss. In most cases where a breach of contract is shown, however, substantial damages are awarded”.

<sup>72</sup> Por todos, THE LAW COMMISSION DAMAGES FOR PERSONAL INJURY (1996), p. 73, “[t]he general rule in the United States is that interest is not payable on damages for non-pecuniary loss, or for any other damages which are not liquidated or ascertainable, in respect of the period before trial”; BROWNE, M- J., PUELZ, R. (1999), “The Effect of Legal Rules on the Value of Economic and Non-Economic Damages and the Decision to File”, *Journal of Risk and Uncertainty*, volumen 18, issue 2, Kluwer Academic Publishers, p. 194, “[n]on-economic damages -including bereavement, pain and suffering, and loss of consortium- are by nature difficult to measure”; SCHWARTZ, G. (2001), “Damages under US law”, en MAGNUS, U. (editor), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Londres, p. 176, “[t]he general rules on damages have been developed by courts pursuant to the common law process”.

recogiéndose en *opinion* 1 y 2 de TAMURA que los daños por incumplimiento del contrato se encuentran normalmente limitados a los que naturalmente derivan del incumplimiento o que podrían haber sido previstos de forma razonable por las partes en el momento de la celebración del contrato como una posible consecuencia del incumplimiento, implicando la gran mayoría de los contratos transacciones comerciales en las que generalmente no resulta previsible que el incumplimiento pueda causar una angustia mental significativa que permita diferenciarla de una mera agitación o molestia. Por ello, se ha adoptado como regla que los daños por sufrimiento mental o daños a la reputación no son indemnizables mediante una acción por incumplimiento de contrato<sup>73</sup>.

Sin embargo, con el paso del tiempo (como también ha ocurrido en Reino Unido) la jurisprudencia norteamericana ha ido flexibilizando su postura sobre estos daños. Así, por ejemplo, FLEMING considera que además de los elementos más convencionales del daño moral, nuevos tipos de lesiones también han llegado a ser reconocidas, como la pérdida del disfrute de relaciones sexuales o de vacaciones, depresión ajena a cualquier lesión física o mental, incluso el efecto por el encarcelamiento por delitos ocasionados por un cambio de personalidad. Esta tendencia no solamente implica el reconocimiento de nuevos intereses

---

<sup>73</sup> Caso *Allen v. Jones*, *Court of Appeals of California*, *opinion* 1 y 2 de TAMURA J.: “1 In an action for breach of contract, the measure of damages is “the amount which will compensate the party aggrieved for all the detriment proximately caused thereby, or which, in the ordinary course of things, would be likely to result therefrom” (Civ. Code, § 3300), provided, however, that the damages are “clearly ascertainable in both their nature and origin” (Civ. Code, § 3301). These statutory provisions have been interpreted by our courts to mean that damages for breach of contract are ordinarily confined to those which would naturally arise from the breach or which might have been reasonably contemplated or foreseen by the parties at the time they contracted, as the probable result of the breach. (*Hunt Bros. Co. v. San Lorenzo etc. Co.* (1906) 150 Cal. 51, 56[87 p. 1093]; *Glendale Fed. Sav. & Loan Assn. v. Marina* [104 Cal. App. 3d 211] *View Heights Dev. Co.* (1977) 66 Cal. App. 3d 101, 125 [135 Cal.Rptr. 802].) [2] The great majority of contracts involve commercial transactions in which it is generally not foreseeable that breach will cause significant mental distress as distinguished from mere mental agitation or annoyance. Accordingly, the rule has developed that damages for mental suffering or injury to reputation are generally not recoverable in an action for breach of contract”; en la misma línea encontramos: caso *Silva v. Albuquerque assembly & distrib. freepoint whse. corp.*, *discussion* 8, *Supreme Court of New Mexico*, “[w]e hold that damages for emotional distress are not recoverable in an action for breach of an employment contract, whether express or implied, in the absence of a showing that the parties contemplated such damages at the time the contract was made”; caso *Brooks v. Hickman*, *United States District Court, W. D. Pennsylvania*, *opinion*, “[p]laintiffs argue that emotional distress was a particularly likely result of a breach in this case because plaintiffs sought to build a nest egg for retirement, and defendants were aware of this goal. The instant case is simply not of the same class as the cases cited above. The plaintiffs have not suffered disfigurement, anxiety over death or the birth of an unwanted, crippled child. They have only lost money, and not so much of it as to force personal bankruptcy or impoverishment”; caso *Jankowski v. Mazzota*, *Michigan Court of Appeals*, MCGREGOR J. *Opina*: “in this case, however, it is difficult to see how the appellants cannot be fully compensated by allowing only for pecuniary losses. The bill of particulars filed by the appellants lists such items of dissatisfaction as the wrong paint used, floors stained to such an extent that replacement is desired, window screens not delivered, doors warped, et cetera. The merits of these claims are not before this Court, and we make no decision on the merits except that the alleged breaches of contract could be corrected by reworking or refinishing, and the appellants could be fully compensated without resort to damages for mental anguish”.



protegidos por *the law of torts*, sino que también facilita el resarcimiento de estos daños como dolor y sufrimiento sin aparentemente requerir que hayan sido previsibles<sup>74</sup>.

Ahora bien, los razonamientos que siguen los diferentes tribunales para estimar estos daños varían de unos casos a otros. El argumento más utilizado es el mismo que emplean los tribunales británicos: podrá indemnizarse el daño moral contractual cuando la naturaleza del contrato permita apreciar estos daños. Sin embargo, otros tribunales acuden a la vía de los *torts* para apreciar los daños no patrimoniales originados por incumplimiento del contrato, siendo una clara muestra de ello el caso *Lickteig v. Alderson, Ondov, Leonard, Supreme Court of Minnesota*, donde se concluye que la estimación del daño moral en las acciones contractuales ha sido aún más restringida que en las acciones de *torts*. En general, los daños extracontractuales, incluido el daño moral, no son resarcibles a través del incumplimiento del contrato, salvo en casos extraños en los que el incumplimiento es acompañado de un *tort* independiente<sup>75</sup>.

Sobre esta línea de actuación de algunos tribunales norteamericanos, COHEN y O'BYRNE sostienen que los tribunales en Estados Unidos permiten el resarcimiento de daños inmateriales cuando el incumplimiento es en sí mismo ilícito. Conforme a este enfoque, los daños surgen del agravio causado por el demandado, no por el incumplimiento del contrato en sí. Muchos Estados permiten el resarcimiento del daño moral cuando la conducta del demandado en el incumplimiento del contrato asciende a una conducta escandalosa o extremadamente ilícita o (particularmente en el caso del incumplimiento de un contrato de seguro) cuando el incumplimiento fue realizado con mala fe, siendo el daño más frecuentemente alegado en esta área *the tort of international infliction of emotional distress*<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> FLEMING, J. G. (1998), *The law of torts*, LBC Information Services, Sydnei, pp. 269 y 270, "[b]esides these more conventional items of non-pecuniary loss, more novel types of injury have also come to be recognised, such specifically as loss of enjoyment of sex or a Holiday, depresión unconnected with any physical or mental injury, even the effect of imprisonment for crimes resulting from a personality change. This trend nor only entails stealthy recognition of novel interests protected by the law of torts, but facilitates awards by treating these injuries as items of "pain and suffering" without apparently requiring that they be foreseeable"; en el mismo sentido, TREITEL, G. (1989), *Remedies for breach of contract. A comparative account*, Clarendon Press Oxford, Nueva York, p. 196, "[t]here is, fourthly, an increasing tendency to allow damages for mental suffering where the breach was wanton or reckless or where the contract was of such a nature that mental suffering could have been contemplated as a result of its breach. Such damages have been allowed, in particular, for breaches of contracts by carriers of passengers, innkeepers, holiday tour operators and funeral undertakers".

<sup>75</sup> Caso *Lickteig v. Alderson, Ondov, Leonard, Supreme Court of Minnesota*, opinion, "[h]owever, the availability of emotional distress damages in contract actions has been even more restricted than for actions in tort. In general, extra-contractual damages, including those for emotional distress, are not recoverable for breach of contract except in those rare cases where the breach is accompanied by an independent tort"; de igual forma, caso *Chung v. Kaonohi Center co., Supreme Court of Hawaii, II. Damages for Emotional Distress and Disappointment*, "[w]e do not think that the dispositive factor in allowing damages for emotional distress is the nature of the contract. The dispositive factor is, rather, the wanton or reckless nature of the breach. The basis of our holding in *Dold* was our recognition that "certain situations are so disposed as to present a fusion of the doctrines of tort and contract." 54 Haw. at 22, 501 P.2d at 372".

<sup>76</sup> COHEN, R., O'BYRNE, S. (2005), "Cry Me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action-A North American Perspective", *American Business Law Journal*, Volume 42, Issue 1-6, 97-

Dentro de estas situaciones, es posible encontrar resoluciones más “radicales” en las que directamente los tribunales niegan la posibilidad de resarcir daños morales sin la existencia de daño físico, aunque igualmente debemos señalar que este razonamiento parece poseer un carácter marginal en la jurisprudencia norteamericana<sup>77</sup>.

En cuanto a los tipos de contrato cuya naturaleza puede permitir la percepción del daño moral podemos decir que son variados, ya que es posible encontrar sentencias en las que el daño moral es estimado a raíz del incumplimiento de contratos funerarios<sup>78</sup>, contratos de construcción de vivienda, contratos de servicios médicos, etc.

De esta forma, en el caso *Hill v. Sereneck, Court of Civil Appeals of Alabama*, en donde se trata el incumplimiento de un contrato de construcción de una vivienda y las consecuencias de dicho incumplimiento (la aparición de grietas en las paredes exteriores del inmueble, puertas exteriores e interiores que no cerraban correctamente, etc.), se concluyó que en los

---

143, Winter/Spring, pp. 113 y 114, “[t]his section illustrates that courts in the United States permit recovery for intangible loss when the manner of breach itself is tortious. According to this approach, damages flow from the defendant’s tort, not from the breach of contract per se. Many states permit damages for mental distress when the defendant’s conduct in breaching the contract amounts to outrageous or extreme tortious conduct or (particularly in the case of a breach of an insurance contract) when the breach is made in bad faith. The most frequently alleged tort in this area is the tort of intentional infliction of emotional distress”; en la misma línea, FARNSWORTH, E. A. (1998), *Farnsworth on contracts*, Volumen III, Aspen Law & Business, Nueva York, pp. 288, 289 y 290, “[a] limitation more firmly rooted in tradition is that generally denying recovery for emotional disturbance, or “mental distress”, resulting from breach of contract, even if the limitations of unforeseeability and of this rule is that such recovery is likely to result in disproportionate compensation, and that the rule Could therefore be subsumed under the more general rule of Restatement Second. Whatever the basis of the limitation, courts have not applied in inflexibility. Some courts have looked to the nature of the contract and made exceptions where breach was particularly likely to result in serious emotional disturbance. Other courts have looked to the nature of the breach and allowed damages for emotional disturbance on the ground that the breach of contract was reprehensible, perhaps amounting to a tort, or that it caused bodily harm”; BAUCO, J. U. (2002), “Acquista v. New York life insurance company: consequential damages, emotional distress, and protecting the insured and their insurer”, *John's Law Review*, Winter 2002, Vol. 76 Issue 1, pp. 219 y 220, “[t]raditionally, damages are not awarded for emotional distress resulting from a breach of contract. Some jurisdictions have carved out exceptions to this rule by allowing recovery for emotional distress if the breach was one likely to cause such distress, including, for example, eviction of guests from hotels, breaches of contract of funeral arrangements, and breaches that caused physical injury”.

<sup>77</sup> Ejemplo de lo indicado es el caso *ST. Charles v. Kender, Appeals Court of Massachusetts*, donde se contempla: “when physical injury results, the promisor may fairly be held to anticipate related emotional suffering. When no physical injury results and the facts are devoid of harmful intent, emotional distress is best written off as among the shocks and counter shocks of life which the law does not seek to remedy”.

<sup>78</sup> Vease, a modo de ejemplo, caso *Hirst v. Elgin Metal Casket co, United States District Court, D. Montana, Great Falls Division*: “Rare indeed are the contracts which could give rise to a cause of action for liability based on mental suffering alone, but in my opinion a contract for the sale of a casket is one of those rare contracts. A casket manufacturer who markets a Permaseal casket must intend to market it to those people who have a reverence for the dead body – a wish to preserve the body and to preserve the image of the deceased. A casket manufacturer who sells as leakproof a casket that leaks has failed to meet the very need that formed the incentive to buy. To many this need may not seem very real or substantial, but he who seeks to exploit that need in merchandising is in no position to say so. In cases involving services furnished in connection with deaths and funerals, the courts, recognizing the special nature of the situation, have created special exceptions to the ordinary rules disallowing damages for mental suffering only”.

casos en que quede demostrado que el incumplimiento de la obligación contractual puede causar angustia o sufrimiento mental y que el incumplimiento necesariamente derivaría en daños emocionales o mentales, los daños por las molestias e incomodidades sufridas pueden ser resarcidos<sup>79</sup>.

O el caso *Stewart v. Rudner*, *Supreme Court of Michigan*, en el que se valora el mal resultado de una cesárea, y donde el tribunal se pregunta si una persona razonable podría dudar de la angustia y sufrimiento mental de las partes por el daño derivado del incumplimiento del contrato. Por ello, este tribunal concluye de forma clara y directa que no puede argumentarse que el sufrimiento padecido no fuese previsible, calificando la posibilidad de que pudiera sugerirse lo contrario como algo repelente<sup>80</sup>.

La apreciación de los daños no patrimoniales en estas situaciones parece ser común entre los diferentes tribunales norteamericanos, con independencia del Estado al que el tribunal en cuestión pertenezca. Sin embargo, es posible encontrar resoluciones en las que se señalan a los tribunales de California como los más permisivos a la hora de estimar estos daños, hasta el punto de que consideran que tal flexibilidad puede implicar una excesiva carga para las partes contratantes, sosteniendo en este sentido la *Supreme Court of North Carolina* en el caso *Stanback v. Stanback* que los requisitos adoptados por los tribunales de

---

<sup>79</sup> Caso *Hill v. Sereneck*, *Court of Civil Appeals of Alabama*: "In the case at bar the complaint avers that plaintiffs have been annoyed and inconvenienced as a result of the failure of defendant to build their house in a workmanlike manner and by the fact that defendant breached his contractual obligation to build the house according to the agreed upon plans and specifications. The evidence shows that there was considerable cracking of the exterior walls of the house; that the paneling buckled; that the tile in the bathrooms cracked; that the exterior and interior doors would not close properly. Moreover, there was evidence that the doors could not be locked and that the existence of this condition caused the plaintiffwife (who stayed at the house alone most of the time) to be afraid and apprehensive. Such evidence was relevant to the first exception to the general proposition that damages cannot be recovered for mental anguish in a civil action for breach of contract. In instances where it is demonstrated that the breach of the contractual duty actually caused the complaining party mental anguish or suffering and that the breach was such that it would necessarily result in emotional or mental detriment to the plaintiff, damages for annoyance and inconvenience may be awarded".

<sup>80</sup> Caso *Stewart v. Rudner*, *Supreme Court of Michigan*: "Similarly, in the case before us, can any reasonable person doubt that mental pain and suffering were within the contemplation of the parties before us in event plaintiff were damaged by breach? Is any other contemplation, in fact, within the scope of the facts established upon trial? Here we have a couple, no longer young, who are convinced (and who can say without reason?) that their only chance for life is through the Caesarean section. The demanded operation was not a trivial and subordinate aspect of their agreement. It was of the essence thereof, the sole reason for its being, the indispensable ingredient. There was not an iota of the commercial in their contract. Tragedy, they felt, would again visit them, were they not to have the safeguard of skillful surgery rather than the uncontrolled processes of nature that had proven doubly disastrous in the past. We now know that the hour of delivery having come, and gone, without the intervention of the surgeon's skill, again the plaintiff felt the exquisite cruelty of hope destroyed and life denied. It is not disputed that the suffering existed. As her doctor, defendant Dr. Bunyan testified, "I went back to see her on September 8, 1953, but she would not talk to me. She lay there and cried. It seemed to hit her pretty hard." If we are to avoid the jury's verdict we will have to conclude that the suffering described in the record before us was not within the reasonable contemplation of the parties when the contract for delivery of the child by Caesarean was made. This we cannot do and the mere suggestion thereof seems somehow repellent".

California parecen ser los más amplios, sosteniendo la *Supreme Court of North Carolina* que esto supone una carga demasiado pesada para las partes de un contrato<sup>81</sup>.

Por otro lado, entendemos que esta línea jurisprudencial de los tribunales de California además de ser una muestra del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales por incumplimiento de contrato<sup>82</sup>, también implica que sea posible entender incluido el resarcimiento del daño moral en los artículos 3300<sup>83</sup> y 3301<sup>84</sup> del *California Civil Code*.

Podemos concluir que las necesidades jurídico-sociales han supuesto, al igual que en Reino Unido, tener que contemplar excepciones a la regla general de no aceptación de los daños extrapatrimoniales contractuales, bien sea optando por entender tales daños como daños contractuales o bien por englobarlos dentro del sistema de los *torts*.

## 2.1.2 Casos especiales

### 2.1.2.1 Código Civil de Luisiana

*The Louisiana Civil Code*, en contra del principio general de no resarcimiento del daño moral que impera en Estados Unidos y que hemos analizado en el anterior apartado, recoge de forma expresa el resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato, estableciendo en su artículo 1998:

*«Damages for nonpecuniary loss may be recovered when the contract, because of its nature, is intended to gratify a nonpecuniary interest and, because of the circumstances surrounding the formation or the nonperformance of the contract, the obligor knew, or should have known, that his*

---

<sup>81</sup> Caso *Stanback v. Stanback*, *Supreme Court of North Carolina*: “The standard for recovery adopted by the California courts appears to be the broadest in this area of the law. We think it is overly broad and imposes too great a burden on parties to a contract”.

<sup>82</sup> Como muestra de la predisposición al resarcimiento del daño moral contractual por los tribunales de California, podemos citar: Caso *Windeler v. Scheers Jewelers*, *Court of Appeals of California, First District, Division One*, número 8 del apartado *The Personal Injuries*: “In the present case, at the time the bailment was created, plaintiff made known to defendant that the rings were cherished mementos of her husband and were old family rings which, because of their sentimental value, she wished to have made into an heirloom for her daughter. This was a special circumstance known to both of the parties at the time the contract was entered into. Since that contract was one whose terms related to matters directly concerning the happiness and comfort of plaintiff, and were such as to move her affection and tender feelings, the jury was entitled, under the rule we are discussing, to include in the damages recoverable for the loss of the rings by reason of defendant's negligence, damages for physical suffering or illness proximately resulting from such loss, in addition to the damages sustained because of the actual loss”; en el ya citado caso *Allen v. Jones*, *Court of Appeals of California* se recoge en la opinión de TAMURA J.: “A contract whereby a mortician agrees to prepare a body for burial is one in which it is reasonably foreseeable that breach may cause mental anguish to the decedent's bereaved relations”.

<sup>83</sup> Art. 3300 *California Civil Code*: “For the breach of an obligation arising from contract, the measure of damages, except where otherwise expressly provided by this Code, is the amount which will compensate the party aggrieved for all the detriment proximately caused thereby, or which, in the ordinary course of things, would be likely to result therefrom.”

<sup>84</sup> Art. 3301 *California Civil Code*: “No damages can be recovered for a breach of contract which are not clearly ascertainable in both their nature and origin”.

*failure to perform would cause that kind of loss. Regardless of the nature of the contract, these damages may be recovered also when the obligor intended, through his failure, to aggrieve the feelings of the obligee».*

La excepción en sí de que en Luisiana exista un Código Civil parece derivar de la ascendencia francesa que posee esta región norteamericana, ascendencia que también parece haberse trasladado a lo que el reconocimiento de daños se refiere, siendo relacionado este origen francés por algunos autores con el reconocimiento del daño moral contractual. Ejemplo de ello lo encontramos en TREITEL al señalar que en un supuesto casi idéntico de resarcimiento de daños y perjuicios por daños morales fue estimado en Luisiana, un Estado cuyo sistema jurídico se basa en el derecho francés<sup>85</sup>.

Asimismo, SALIERS resalta que en el Código Civil de Luisiana el derecho de contratos es tratado bajo las obligaciones que se deriva principalmente de la legislación francesa. Sin embargo, a este respecto, el Código Civil de Luisiana de 1825 introdujo nuevas características, así como las particularidades comunes a otros Estados<sup>86</sup>.

Muestra de esta ascendencia francesa, la encontramos en la peculiaridad histórica de que *The Louisiana Civil Code* fue uno de los Códigos que GARCÍA GOYENA tomó como referencia en la elaboración del Código Civil español, recordando en este sentido PARISE que GARCÍA GOYENA realizó referencias generales al Código Civil de Luisiana en veinticuatro comentarios de las concordancias<sup>87</sup>.

La redacción actual del artículo 1998 fue realizada en el año 1984. Con anterioridad a la creación de este artículo, la doctrina y jurisprudencia estudiaban el reconocimiento del daño moral contractual en base al artículo 1934 donde se establecía:

*«Where the object of the contract is any thing but the payment of money, the damages due to the creditor for its breach are the amount of the loss he has sustained, and the profit of which he has been deprived, under the following exceptions and modifications:1. When the debtor has been guilty of no fraud or bad faith, he is liable only for such damages as were contemplated, or may reasonably be supposed to have entered into the contemplation of the parties at the time of the contract. By bad*

---

<sup>85</sup> TREITEL, G. (1989), p. 198, “[i]n an almost identical case recovery of damages for injury to feelings was allowed in Louisiana, a state whose legal system is based on French law”.

<sup>86</sup> SALIERS, E. A. (1931), “The Louisiana Civil Code”, *Accounting Review*, Dec 31, Vol. 6, Issue 4, p. 295, “[i]n the Louisiana Civil Code the law of contracts is treated under obligations, being derived primarily from French law. However, in this respect, the Louisiana Code of 1825 introduced new features, as well as features common to the other states”.

<sup>87</sup> PARISE, A. (2008), “The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851”, *Louisiana Law Review*, vol. 68, num. 3, p. 844: “García Goyena made general references to the Louisiana Civil Code in twenty-four scholarly comments of the Concordancias. Specifically, he did not mention an exact article or unit of the Louisiana Civil Code in those comments, but just said «Louisiana.» For example, the comment to article 963 of the Concordancias read in the relevant part: «nevertheless, in this sense, the Codes of Sardinia, Naples, Vaud, and Louisiana, copy the Code Napoleon.»”.

*faith in this and the next rule, is not meant the mere breach of faith in not complying with the contract, but a designed breach of it from some motive of interest or ill will. 2. When the inexecution of the contract has proceeded from fraud or bad faith, the debtor shall not only be liable to such damages as were, or might have been foreseen at the time of making the contract, but also to such as are the immediate and direct consequence of the breach of the contract; but even when there is fraud, the damages can not exceed this. 3. Although the general rule is, that damages are the amount of the loss the creditor has sustained, or of the gain of which he has been deprived, yet there are cases in which damages may be assessed without calculating altogether on the pecuniary loss, or the privation of pecuniary gain to the party. Where the contract has for its object the gratification of some intellectual enjoyment, whether in religion, morality or taste, or some convenience or other legal gratification, although these are not appreciated in money by the parties, yet damages are due for their breach: a contract for a religious or charitable foundation, a promise of marriage, or an engagement for the work of some of the fine arts, are objects and examples of this rule. In the assessment of damages under this rule, as well as in cases of offenses, quasi offenses, and quasi contracts, much discretion must be left to the judge or jury, while in other cases they have none, but are bound to give such damages under the above rules as will fully indemnify the creditor, whenever the contract has been broken by the fault, negligence, fraud or bad faith of the debtor. 4. If the creditor be guilty of any bad faith, which retards or prevents the execution of the contract, or if, at the time of making it, he knew of any facts that must prevent or delay its performance, and concealed them from the debtor, he is not entitled to damages. 5. Where the parties, by their contract, have determined the sum that shall be paid as damages for its breach, the creditor must recover that sum, but is not entitled to more. But when the contract is executed in part, the damages agreed on by the parties may be reduced to the loss really suffered, and the gain of which the party has been deprived, unless there has been an express agreement that the sum fixed by the contract shall be paid, even on a partial breach of the agreement».*

Más concretamente, la doctrina entendió que el daño moral contractual podía tener cabida dentro del apartado 3 del artículo 1934, ya que este punto contemplaba una especial protección para aquellos contratos que no perseguían un fin pecuniario<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Por todos, MARKS, S. M. (1977), "Nonpecuniary Damages in Breach of Contract: Louisiana Civil Code Article 1934", *Louisiana Law Review*, volume 37, number 2, pp. 631 y 632, "[a]rticle 1934(3) in contradistinction protects contracts with certain nonpecuniary purposes worthy of protection. This approach gives the proper interpretation of article 1934(3) for contracts which provide convenience to the creditor. Neither convenience born of pecuniary advantage nor incidental personal comfort or convenience provided by a contract entered into for a primary economic purpose is protected"; LITVINOFF, S. (1977), "Moral Damages", *Louisiana Law Review*, Volume 38, number 1, pp. 9 y 10, "[t]here can be no doubt that, for purposes of the third paragraph of article 1934 of the Louisiana Civil Code, the loss of aesthetic gratification resulting from the breach of a contract to do a work in any of the fine arts, or the loss of spiritual satisfaction resulting from the breach of a contract made in contemplation of a religious or charitable purpose, is a loss within the scope of the initial paragraph of the same article. Likewise, the frustration of expectations of obtaining satisfactions or gratifications of the kind contemplated in the third paragraph must be considered in the same category as a deprivation of profit under the initial paragraph of article 1934. Since profit is conceptually very close to benefit, and since the third paragraph of article 1934 is concerned with nonpecuniary benefits, that conclusion is warranted. The Louisiana Civil Code has expressly envisaged in this manner the reparation of damage of a nonpatrimonial nature. The moral interest of parties to contracts has been thus protected. Furthermore, the two elements of damage, *damnum emergens* and *lucrum cessans*, with the modifications necessitated by such a peculiar matter, have been taken into account".

De igual forma, la jurisprudencia razonó que los daños no patrimoniales ocasionados por el incumplimiento de un contrato son resarcibles conforme al apartado tres del antiguo artículo 1934 únicamente en aquellos casos en los que el objeto del contrato consistía en satisfacer lo que podríamos llamar un “disfrute intelectual”, siendo ejemplo de ello la Sentencia de la *Court of Appeal of Louisiana*, de 9 de septiembre de 1975, caso *Meador v. Toyota of Jefferson, inc.*, en donde se aclaraba que en los casos por incumplimiento de contrato, la indemnización por humillación, incomodidad, ansiedad, angustia mental, etc., no podía ser estimada a menos que el contrato por su objeto contemplase la gratificación de un cierto disfrute intelectual<sup>89</sup>.

Volviendo a lo que es la redacción actual del artículo 1998, como hemos visto, contempla de forma expresa el resarcimiento de daños no patrimoniales originados por incumplimiento de contrato. Sin embargo, lo realmente importante es delimitar las situaciones en que este artículo puede ser aplicado.

A este respecto, la doctrina aclara que únicamente podrá ser empleado cuando el objeto principal del contrato se encuentre destinado a satisfacer un interés no pecuniario del acreedor. Además, parece existir un consenso entre los autores consultados sobre la necesidad de la previsibilidad de los daños no patrimoniales para poder proceder a su resarcimiento, siendo muestra de éstos BLOOMFIELD, quien entiende que en virtud del artículo 1998, el incumplimiento del contrato puede dar lugar al resarcimiento de los daños no patrimoniales solamente si tales daños son previsibles y la causa es la promoción de un interés no patrimonial. Además, este autor considera que si la satisfacción del interés no patrimonial del acreedor constituye la causa del contrato, y el deudor era consciente de que ésta es la causa, entonces resulta previsible que el incumplimiento de lo prometido se traduzca en un daño no patrimonial<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Sentencia de la *Court of Appeal of Louisiana*, de 9 de septiembre de 1975, caso *Meador v. Toyota of Jefferson, inc.*: “In breach of contract cases, award for humiliation, inconvenience, anxiety, aggravation, distress, mental anguish, etc., cannot be awarded unless the contract has, for its object, the gratification of some intellectual enjoyment”.

<sup>90</sup> BLOOMFIELD, K. (1987), “Recovering Nonpecuniary Damages for Breach of Contract Under Louisiana Law”, *Louisiana Law Review*, Volume 47, number 3, p. 555, “[u]nder article 1998, breach of a contract may result in recovery of nonpecuniary damages only if such damages were foreseeable and the cause was the promotion of a nonpecuniary interest. There certainly may be some overlap in these two inquiries. If the gratification of the obligee's nonpecuniary interest is the cause of the contract, and the obligor is aware that it is the cause, then it is foreseeable that the failure to perform as promised will result in nonpecuniary loss. Mere foreseeability of nonpecuniary damage, however, does not make the cause a nonpecuniary interest”; de igual forma, LANDRY, R. E. (1987), “Lafleur v. John Deere Co.: No Recovery of Delictual Damages for Sale of a Useless Product”, *Louisiana Law Review*, volume 48, number 1, pp. 185 y 186, “damages for nonpecuniary losses are recoverable only if the principal object of the contract is intended to gratify a non-pecuniary or intellectual interest”; GRAPHIA, G. P. (1990), “Nonpecuniary Damages: A Guide to Damage Awards Under Louisiana Civil Code Article 1998”, *Louisiana Law Review*, volume 50, number 4, p. 813, “[f]irst, the plaintiff must demonstrate that his intention in entering the contract was the satisfaction of a nonpecuniary interest. This will require the plaintiff to overcome the strong, but rebuttable, presumption that his contract had some physical gratification as its purpose. For example, in the case of a house, the presumption is that a purchaser is satisfying a need for shelter”; PLUMMER, P. R. (2003), “Personal Injury and the Louisiana Law of Lease”, *Louisiana Law Review*, vol. 64, num. 1, p. 187, “[n]on-pecuniary damages are only recoverable in contractual actions when the agreement at issue was one meant to fulfill a

En lo que respecta a la aplicación que del artículo 1998 realizan los tribunales de esta región, esta jurisprudencia coincide con la que existía en relación al antiguo artículo 1934 así como con la doctrina que hemos expuesto, de forma que los tribunales de Luisiana únicamente admiten el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de contrato, y por tanto la aplicación del artículo 1998, cuando el contrato tenga por objeto una satisfacción inmaterial del acreedor.

Sin embargo, a diferencia de la doctrina, los tribunales de Luisiana parecen omitir el requisito de la previsibilidad del daño moral, centrandose únicamente en el objeto del contrato, pudiendo citar a modo de ejemplo la Sentencia de la *Court of Appeal of Louisiana* de 21 de agosto de 1985, caso *Thomas v. Bienville Parish School BD*, en donde se expone que no pueden resarcirse los daños morales originados por el incumplimiento de un contrato que no tenga por objeto una gratificación intelectual<sup>91</sup>.

Entendemos que la reforma del artículo 1998 del Código Civil de Luisiana es una muestra evidente de la evolución del derecho estadounidense hacia la aceptación del daño moral por incumplimiento del contrato, ya que aunque el reconocimiento de este daño se encuentra sujeto prácticamente a los mismos límites que en el resto de Estados norteamericanos, el simple hecho de modificar el Código incluyendo una mención expresa a los daños no patrimoniales es una prueba más que evidente de esta evolución, sobre todo si tenemos en cuenta que esta modificación se ha realizado tras quedar la influencia francesa relegada a un segundo plano<sup>92</sup>.

---

*nonpecuniary interest of the obligee, and the obligor knew or should have known that his failure to perform would cause such a loss".*

<sup>91</sup> Sentencia de la *Court of Appeal of Louisiana* de 21 de agosto de 1985, caso *Thomas v. Bienville Parish School BD*, apartado *Failure of Trial Court to Award General Damages*: "Plaintiffs contend that the trial judge committed error in failing to award them general damages for mental anguish and embarrassment. We do not agree. Recovery for damages of this nature cannot be had for a breach of a contract which has as its object anything other than intellectual gratification. La.Civil Code Art. 1998 (1984); *Ostrowe v. Darensbourg*, 377 So.2d 1201 (La.1980). The purpose of this contract between the employees and the school board was to secure insurance, not intellectual gratification. Therefore, the trial judge correctly denied the general damage award"; con la misma argumentación, podemos citar la Sentencia de la *Court of Appeal of Louisiana* de 29 de marzo de 1989, caso *Greger v. Robertson*, apartado *Nonpecuniary Damages*, "[i]n *Lafleur*, the Supreme Court discussed the revision. It stated that "with minor language changes the Meador interpretation of LSA-C.C. Art. 1934(3), that nonpecuniary damages are recoverable only where the contract has for its object gratification of intellectual enjoyment, has been incorporated in LSA-C.C. Art. 1998 of the application's revision passed in 1984." The court additionally stated that the specific revisions in the codal article "serve to clarify and make more certain under the law the Meador resolution of the pertinent legal issue under the former Art. 1934(3)."; Sentencia de la *Supreme Court of Louisiana*, de 23 de junio de 1986, caso *Lafleur v. Jhon Deere Company*, Facts: "This case arose in 1980, before Art. 1934(3) was replaced by Art. 1998. Therefore, C.C. art. 1934(3) as interpreted in *Meador* is the law to be applied here. Nonpecuniary damages are not allowed in a simple breach of contract case unless the contract has for its object "the gratification of some intellectual enjoyment" (under the present article 1998, the counterpart standard is unless the contract because of its nature is "intended to gratify a nonpecuniary interest")".

<sup>92</sup> YIANNPOULOS, A. N. (2008), "The Civil Codes of Louisiana", *Civil Law Commentaries*, Vol. 1, issue 1, p. 22, "[t]he Louisiana Civil Code reflects the contemporary realities of life in the United States and particularly in the state of Louisiana, with its antinomies and fascinating but competing legal traditions".



## 2.2 Sistemas de *civil law*

### 2.2.1 Principales sistemas jurídicos europeos

#### 2.2.1.1 Francia

El *Code Civil* expone en su artículo 1147 que “[l]e débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part”. Asimismo, el artículo 1150 del *Code* establece que “[l]e débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée”.

Como puede observarse, el *Code Civil* contempla en su artículo 1147 que el deudor será condenado, si hubiera lugar, al pago de daños y perjuicios, bien en razón del incumplimiento de la obligación o bien en razón del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento proviniera de una causa extraña a él y que no le pueda ser imputada sin que hubiera habido mala fe por su parte<sup>93</sup>, encontrando este artículo su límite en el texto del artículo 1150, al limitar éste la obligación del deudor de resarcir los daños contractuales a aquellas situaciones en las que estos daños fueran previstos o hubieran podido preverse en el momento de la celebración del contrato, siempre y cuando no existiera dolo por su parte. Como puede apreciarse, éste artículo guarda gran similitud con el artículo 1107 de nuestro Código Civil<sup>94</sup>.

En el caso de que existiera dolo en el incumplimiento por parte del deudor, el *Code Civil* mantiene en su artículo 1151 que deberán incluirse las pérdidas que hubiera sufrido el

---

<sup>93</sup> FAURE ABBAD, M. (2003), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LGDJ, París, p. 328, “l'article 1147 dispose que le débiteur est condamné à dommages et intérêts toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère non imputable et, d'autre part, le fait d'un auxiliaire ou substitut choisi par le débiteur ne constitue pas un cas de force majeure (il n'est pas extérieur et le risque de défaillance en résultante n'est certainement pas imprévisible)”.

<sup>94</sup> MORALES MORENO, A., DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el excmo. sr. d. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del excmo. sr. d. Luis Díez-pícazo y Ponce de León, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Leko Print, S.A., Madrid, pp. 122 y 123: “La doctrina de Pothier sobre la previsión o previsibilidad del daño influyó en la redacción del artículo 1150 CCfr, precepto correspondiente al 1107 I de nuestro Código civil. El artículo 1150 CCfr. dispone: «El deudor no está obligado [a indemnizar] más que los daños e intereses que han sido previstos o que se han podido prever en el momento del contrato, cuando no es por su dolo por lo que la obligación no se ha cumplido». Como podemos ver, este artículo utiliza la noción de previsión y previsibilidad como criterio de delimitación del daño indemnizable, cuando el incumplimiento no es doloso. Es claro que está inspirado en Pothier. También está presente la doctrina de Pothier en la redacción del art. 1151, equivalente al art. 1107 II CC, aplicable en los casos de incumplimiento doloso. Este artículo contiene también una regla de delimitación del daño indemnizable (imputación objetiva)”.

acreedor así como las ganancias de las que hubiera sido privado como consecuencia del incumplimiento inmediato y directo del acuerdo<sup>95</sup>, o lo que es lo mismo, si existe dolo por parte del deudor se favorecerá el resarcimiento de los daños y del lucro cesante resultado del incumplimiento contractual padecido.

Sobre la posibilidad de entender incluido el resarcimiento del daño moral en los artículos mencionados, podemos indicar que parece existir una práctica unanimidad entre la doctrina al admitir el resarcimiento del daño moral contractual a través de los artículos 1147 y siguientes del *Code Civil*, aclarando en este sentido GEORGIJEVIC que el incumplimiento de una obligación contractual no implica en sí mismo una indemnización por daños y perjuicios contra el deudor, siendo necesario que dicho incumplimiento entrañe un perjuicio para el acreedor. El daño reparable en el caso de un incumplimiento de contrato no será solamente el material (por ejemplo, la imposibilidad de ejercer una actividad económica debido al incumplimiento de la obligación) sino también el moral (la angustia mental causada por el incumplimiento del contrato)<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Art. 1151 *Code Civil*: “Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention”.

<sup>96</sup> GEORGIJEVIC, G. (2011), *Droit civil Mauricien. Les contrats, partie générale*, Éditions Universitaires Européennes, Sarrebruck, p. 198, “[l]’inexécution d’une obligation contractuelle n’est pas suffisante pour assurer le succès l’action en responsabilité contre le débiteur. Il est nécessaire que cette inexécution entraîne un préjudice pour le créancier. Le dommage réparable en cas d’inexécution d’une obligation contractuelle est non seulement matériel – l’impossibilité d’exercer une activité économique en raison de l’inexécution de l’obligation, par exemple – mais aussi moral – la souffrance morale causée par l’inexécution du contrat”; en la misma línea, por todos, TREITEL, G. H. (1976), “Chapter 16. Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)”, en VON MEHREN, A. (Chief editor), *International encyclopedia of comparative law. Under the auspices of the International Association of Legal Science*, Volume VII, Contracts in general, Oceana, The Hague, p. 86, “[i]n French law the right to claim compensation for préjudice moral in a contractual action now extends far beyond situations of this kind. It has, for example, been upheld in a case in which a butcher committed a breach of contract which offended his customer’s religious susceptibilities; where breaches of contracts by funeral undertakers caused mental anguish to the relatives of the deceased; where the passenger suffered distress as a result of more delay by a carrier; and where a workman broke his contract and at the same time abused his employer so as to undermine the latter’s authority”; PLANIOL, M., RIPERT, G. (1995), *Traité pratique de droit civil français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), París, p. 158, “[l]e créancier ne peut obtenir d’indemnité que s’il démontre que l’inexécution ou le retard dans l’exécution de l’obligation lui a causé un dommage. Sans cela de quoi se plaindrait-il? Sans intérêt, pas d’action. C’est pour cette raison que l’art. 1147 dit que «le débiteur est condamné, s’il y a lieu...» Il se peut, en effet, que l’exécution réelle n’eût procuré aucun avantage au créancier. On cite comme exemple le cas de l’avoué qui a omis de produire dans un ordre, comme il en avait mandat de son client, alors qu’il n’aurait pas obtenu du notaire qui a omis de faire inscrire l’hypothèque de son client et peut établir que l’hypothèque non inscrite était primée par d’autres qui absorbaient la totalité du Prix de l’immeuble, de sorte que son client, même inscrit, n’eût rien obtenu du tout. Quant au simple retard, il arrive très souvent que le créancier n’en éprouve aucun dommage appréciable. Si ce dommage existe, et cela dépend des circonstances, réparation est due au créancier. Le dommage moral est à prendre en considération au même titre que le dommage matériel, quelle que soit la nature de la responsabilité”; GALAND-CARVAL, S. (2001), “Non-pecuniary loss under French law”, en HORTON ROGERS, W. V. (editor), *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, Nueva York, p. 100, “[t]here is no restriction to compensation for non-pecuniary loss in the law of contract (responsabilité contractuelle)”; SOLÉ FELIÚ, J. (2009), p. 17: “El derecho francés no contempla restricciones para la indemnización del daño moral contractual, como tampoco se establecen en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. La base normativa la ofrece el Art. 1147 *Code Civil*”; ROWAN,

Sin duda, este amplio reconocimiento doctrinal de la indemnización del daño moral por incumplimiento del contrato es posible gracias, entre otros motivos, a la inexistencia de límites al reconocimiento de daños en el artículo del *Code*.

Además, la admisión del daño moral se encuentra facilitada por el *principe de réparation intégrale* que impera entre la legislación y la jurisprudencia francesa, consistente en reparar todos los daños originados a la víctima con independencia de la naturaleza que estos daños posean<sup>97</sup>, siendo una muestra de ello la Sentencia de la *Cour d'appel de Fort-de-France*, de 17 de febrero de 2012, al indicar en el apartado *Motifs de l'arrêt* que existe el principio de que cualquier víctima de un daño, con independencia de su naturaleza, tiene el derecho a obtener la reparación de quien se lo causó<sup>98</sup>.

Aunque el principio de reparación íntegra se encuentra asentado entre la doctrina, hay autores que muestran cierto recelo en su aplicación, pues entienden que una aplicación incontrolada de éste puede dar lugar a la existencia de abusos, especialmente cuando nos encontramos ante un supuesto de daño moral, siendo considerado este principio como una forma vana de monetizar estos daños.

Como parte de esta corriente de pensamiento podemos citar a VINEY quien defiende que la dificultad encontrada por la jurisprudencia en la aplicación del principio de reparación íntegra de los daños corporales y morales permite dudar de su valor universal. La idea de acordar una reparación adecuada al posible perjuicio sufrido aparenta una sensación de generosidad, pero esta realidad es demasiado vaga como para permitir que se traduzca en una cantidad dinero equivalente a la compensación de los daños extrapatrimoniales<sup>99</sup>.

---

S. (2012), p. 125, "[t]he rationale underlying the French recognition of non-pecuniary loss as sounding in damages is full compensation. This principle requires that any loss resulting from a contractual breach should be compensated. A logical consequence of the principle is that compensatory damages should be available where the object of the contract is to obtain a non-financial advantage".

<sup>97</sup> A modo de ejemplo, GALAND-CARVAL, S. (2001), "Damages under french law", en MAGNUS, U. (editor), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Londres, p. 78, "[t]he predominant principle is the so-called *principe de réparation intégrale* ('complete compensation principle') which commands that the victim be compensated for his whole loss, but for no more than that (*tout le préjudice mais rien que le préjudice*)".

<sup>98</sup> Sentencia de la *Cour d'appel de Fort-de-France*, de 17 de febrero de 2012, apartado *Motifs de l'arrêt*: "Il est de principe que toute victime d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, a le droit d'en obtenir réparation de celui qui l'a causé".

<sup>99</sup> VINEY, G. (2008), *Introduction à la responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), París, pp. 146 y 147, "[m]ais c'est surtout l'évidence des difficultés rencontrées par la jurisprudence dans l'application de ce principe de réparation intégrale aux dommages corporels et moraux qui permet de mettre en doute sa valeur universelle. Certes, l'idée d'accorder une réparation aussi adéquate que possible aux préjudices soufferts apparaît-elle aussi sensée que généreuse, mais elle est en réalité beaucoup trop vague pour permettre à elle seule de traduire en une somme d'argent l'équivalent nécessaire à la compensation des dommages extra-patrimoniaux"; en esta misma línea de pensamiento encontramos a DELEBECQUE, P., PANSIER, F.-J. (2001), *Droit des obligations. Responsabilité civile. Délit et quasi-délit*, Litec, París, p. 48, "[l]a question se pose en des termes identiques, qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle ou délictuelle. Les adversaires de ce type de réparation font valoir qu'il n'est pas possible de «monnayer les larmes» et qu'en outre, l'appréciation par équivalent (sous forme d'argent) de la douleur morale est éminemment délicate. Les partisans d'une telle indemnisation font valoir que dans

A nuestro parecer, los posibles abusos a los que se refieren los anteriores autores, salvo alguna excepción que pudiera surgir, no tienen porque producirse, precisamente para evitar tales abusos existe el criterio juzgador de cada tribunal, es más, el carácter general que posee la redacción de los artículos mencionados del *Code* implica necesariamente que deba recaer sobre los tribunales franceses la responsabilidad de determinar la existencia de daño y la resarcibilidad económica del mismo en cada caso concreto<sup>100</sup>.

De esta forma, los tribunales franceses evalúan en cada supuesto concreto los requisitos necesarios para poder proceder al resarcimiento del daño moral contractual admitiendo el resarcimiento del mismo a través del artículo 1147 del *Code Civil*, existiendo una gran cantidad de situaciones en las que la jurisprudencia francesa estima los daños extrapatrimoniales, entre las que se encuentran aquellas que son mencionadas por MAZEAUD y MAZEAUD, a saber, incumplimiento de una obligación relativa a un objeto que tenga un valor moral, como un retrato de familia; cuando el incumplimiento de un contrato atenta contra los sentimientos religiosos de la otra parte; cuando la ruptura injustificada de un contrato con un arquitecto afecta a la reputación de este último; cuando un despido injustificado de un trabajador por su jefe produce un daño moral; etc.<sup>101</sup>

Como ejemplo de la admisión por los tribunales franceses del daño moral por incumplimiento del contrato a través del artículo 1147 podemos mencionar la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 20 de diciembre de 1998, en donde se confirma que el deudor puede ser condenado a pagar una indemnización por daño moral contractual siempre que no se justifique que el incumplimiento proviene de una causa externa que no pueda ser atribuida a su persona y siempre que no haya habido mala fe por su parte<sup>102</sup>.

---

*notre société, l'argent procure une satisfaction indirecte et que les textes eux-mêmes ne distinguent pas selon le type de dommage*".

<sup>100</sup> VINEY, G., JOURDAIN, P. (2010), *Les effets de la responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), París, p. 177, "[é]tant donné que le principe de la réparation intégrale consiste à mesurer l'indemnité à l'ampleur réelle du dommage, qui est un fait matériel et objectif, il est logique que les juges du fond disposent d'un large pouvoir en ce domaine".

<sup>101</sup> MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. (1938), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome premier, Librairie Du Recueil Sirey, París, pp. 405 y 406, "[d]es dommages-intérêts son alloués: dans le cas d'inexécution d'une convention relative à une chose n'ayant qu'une valeur morale, telle un portrait de famille; dans le cas où un israélite algérien, marié religieusement, refuse de sanctionner civilement cette union et cause de ce fait un dommage moral à celle dont il ne veut pas faire son épouse; dans le cas où l'inexécution d'un contrat par l'une des parties porte atteinte aux sentiments religieux de l'autre partie; dans le cas où la rupture injustifiée d'un contrat passé avec un architecte porte atteinte à la réputation de ce dernier; dans le cas où directeur en n'employant pas sur l'affiche les caractères convenus pour désigner une actrice cause par là un préjudice moral à cette dernière; dans le cas où la rupture abusive du contrat de travail par un ouvrier fait subir au patron «un dommage moral dans son autorité d'employeur»; surtout dans le cas où le transporteur, en n'exécutant pas ses obligations contractuelles, porte atteinte au patrimoine moral du transporté: à ses sentiments d'affection, en l'empêchant d'arriver à temps à des obsèques auxquelles il tenait à assister, au confort auquel il avait droit, en ne lui fournissant pas des places dans un wagon de la classe correspondante à celle de son billet, et même à ses simples convenances en le conduisant à destination après l'heure fixée".

<sup>102</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 20.12.1988, "[a]ttendu que M. X... fait grief à la cour d'appel d'avoir ainsi statué sur ce dernier point aux motifs qu'il n'avait pas fait la preuve que la société Contingency avait été à

Parece evidente que los tribunales franceses son favorables a la estimación de estos daños incluso en aquellas situaciones en las que la legislación contemple de forma expresa únicamente daños de tipo material, como por ejemplo en la norma *Arrêté du 14 juin 1982 relatif aux conditions générales de vente régissant les rapports entre les agences de voyages et leur clientèle*, pudiendo ser citada en este sentido la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de noviembre de 1992, en la que se estableció que el cliente podía exigir la existencia de un daño moral resultado de la imposibilidad de disfrutar de sus vacaciones al considerar los daños extrapatrimoniales como inherentes a la cancelación padecida<sup>103</sup>.

Así como, a diferencia de la jurisprudencia de otros países, en los casos de incumplimiento de contrato laboral, sobre los que VINEY y JOURDAIN sostienen que las indemnizaciones por daño moral son calculadas de la misma forma que en el resto de situaciones en las que estos daños son reconocidos<sup>104</sup>.

---

*l'origine par sa faute de ses pertes d'exploitation et de son préjudice moral, alors qu'aux termes de l'article 1147 du Code civil le débiteur peut être condamné au paiement de dommages-intérêts à raison de l'inexécution de son obligation toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait eu aucune mauvaise foi de sa part*"; como muestra de otros supuestos en los que el daño moral por incumplimiento del contrato es estimado: Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 15 de mayo de 2012, apartado *Primier Moyen de Cassation*, "[a]lors enfin qu'en affirmant, péremptoirement, que s'agissant de sociétés, les exposantes ne peuvent prétendre à un quelconque préjudice moral, la Cour d'appel a violé les articles 1147 et suivants du Code civil"; Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 08.04.2010, apartado *Par Ces Motifs*, "[a]lors, 1º), qu'en appréciant la responsabilité de l'assureur protection juridique, dont elle constatait qu'il avait commis une faute en refusant de mettre en oeuvre une procédure d'arbitrage contractuellement prévue en cas de refus de garantie, à la lumière des chances de succès de l'action que M. X... envisageait d'intenter contre l'Etat et non au regard des chances de succès de l'action en responsabilité qu'il se proposait d'engager contre l'avocat qui, bien que désigné à cette fin au titre de l'aide juridictionnelle, s'était abstenu d'introduire une action indemnitaire contre l'Etat, cependant que ces deux appréciations ne se confondaient pas, la responsabilité de l'avocat pouvant se trouver engagée à raison d'un préjudice moral, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil".

<sup>103</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de noviembre de 1992: "Attendu, selon les énonciations du juge du fond, que le voyage collectif en Egypte organisé par le comité central d'entreprise de l'Association hospitalière Nord-Artois clinique, et auquel Mlle X... avait décidé de participer du 18 au 28 mars 1988, a été annulé, à la veille du départ, par l'agence de voyages, la société Albatros ; qu'après avoir perçu le remboursement des sommes déjà versées, ainsi que le montant d'une indemnité égale à celle qu'elle aurait supportée si l'annulation était intervenue de son fait, en l'occurrence 90 % du prix du voyage, Mlle X... a assigné la société Albatros en paiement d'une somme supplémentaire de 10 000 francs en réparation du préjudice moral et matériel par elle subi du fait de cette annulation ; attendu que la société Albatros fait grief au jugement attaqué (tribunal d'instance d'Arras, 29 mai 1990) d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le pourvoi, d'une part, que l'indemnité forfaitaire, quelle que soit sa qualification, n'en est pas moins destinée à la réparation du préjudice subi ; que, par suite, le Tribunal a violé l'article 7 de l'annexe de l'arrêté du 14 juin 1982 ; et alors, d'autre part, qu'en cas d'annulation du voyage par l'agence, le client reçoit une indemnité forfaitaire et peut exercer un recours en réparation des dommages " éventuellement subis " ; qu'un tel recours ne peut viser l'existence d'un préjudice moral résultant de l'absence de départ en vacances, un tel dommage ne pouvant être rattaché aux dommages " éventuellement subis ", puisqu'étant inhérent à toute annulation et donc nécessairement inclus dans l'indemnité forfaitaire".

<sup>104</sup> VINEY, G., JOURDAIN, P. (2010), pp. 237 y 238, "[o]n peut encore signaler, parmi les dommages dont l'indemnisation occupe fréquemment les tribunaux, ceux qui sont provoqués par la rupture illicite ou abusive d'un contrat dont la victime tirait ses moyens de vivre comme, par exemple, le contrat de concession commerciale et surtout, pour le salarié, le contrat de travail. Cependant si l'on met à part le préjudice moral lié au chômage, qui est assez particulier mais dont l'indemnisation est calculée, comme celle de tout dommage moral, de façon à peu près arbitraire, la conséquence essentielle de cette rupture est la perte des revenus professionnels".

De esta forma, podemos citar a modo de ejemplo la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de diciembre de 2013, en la que se concluye que el empleador está obligado a reparar los daños morales causados por un despido producido en condiciones repentinas y vejatorias<sup>105</sup>.

Podemos finalizar este apartado concluyendo que el sistema empleado para la estimación de los daños no patrimoniales contractuales en el Derecho francés es muy similar, como veremos en los siguientes capítulos, al utilizado en nuestro país, lo que a nuestro entender no es de extrañar, principalmente gracias a la influencia que, como es sabido, supuso el *Code Civil* para nuestro Código Civil.

Sin embargo, debemos señalar que por parte de la jurisprudencia francesa existe aún mayor predisposición al resarcimiento de estos daños, ampliándose incluso, como hemos visto, el reconocimiento de los mismos a los supuestos de incumplimiento de contrato laboral, sector en el que podemos adelantar, la jurisprudencia española aún se encuentra reticente en lo que a la admisión de los daños no patrimoniales se refiere.

### 2.2.1.2 Italia

*Il Codice Civile* indica en su artículo 2059 que «[i]l danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge». La redacción del artículo 2059 del *Codice Civile* implica que nos encontramos ante un sistema legal restrictivo en lo que a la admisión del daño moral se refiere, entendiéndose por parte de los autores el artículo 2059 como una remisión implícita al artículo 185 del *Codice Penale* donde se indica que «[o]gni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui», siendo ejemplo de ello LIBERATI, quien sostiene que el daño no patrimonial ha estado siempre considerado como un problema estrictamente relacionado con la responsabilidad aquiliana. Además, la posición del artículo 2059 (que hasta hace poco era considerada la única norma de referencia, junto al artículo 185) sugería una solución similar<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de diciembre de 2013, *Quatrieme Moyen de Cassation*, “l'employeur est tenu de réparer par le versement de dommages et intérêts le préjudice moral résultant pour un salarié d'un licenciement intervenu dans des conditions brusques et vexatoires”; en la misma línea: Sentencia de la *Cour d'appel de Rennes* de 13 de septiembre de 2007: “10.000 euros à titre de dommages intérêts en réparation du préjudice moral particulier sur le fondement des articles 1134, 1147 et 1382 du code civil, L 120-4 et L 930-1 du Code du Travail”; Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 26 de febrero de 2013, apartado *Deuxieme Moyen de Cassation*: “Et alors, à titre subsidiaire, qu'un même préjudice ne peut faire l'objet d'une double indemnisation ; que la Cour d'appel a octroyé à la fois à la salariée une somme à titre de dommages pour licenciement nul et sans cause réelle et sérieuse en raison du harcèlement moral subi, et une somme au titre du préjudice résultant du harcèlement moral ; que la Cour d'appel, qui a réparé deux fois le même préjudice lié au harcèlement moral subi, a violé l'article 1147 du Code civil”.

<sup>106</sup> LIBERATI, A. (2009), *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*, Giuffrè editore, Milán, p. 129, “[i]l danno non patrimoniale è stato da sempre considerato come un problema strettamente inerente la responsabilità aquiliana. Del resto, la collocazione dell'art. 2059 c. c. – che sino a poco tempo fa era considerata l'unica norma di riferimento,

Esta interpretación derivó en un rechazo del daño moral contractual, aclarando en este sentido FIANDACA que tradicionalmente la importancia del carácter patrimonial del contrato siempre ha negado la posibilidad de resarcir el daño no patrimonial derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de la prestación. La naturaleza económica del contrato no podía conciliarse con el resarcimiento de perjuicios de diferente naturaleza no relacionados con el patrimonio del sujeto. La doctrina conjugaba los datos de forma sistemática conforme a lo dispuesto en el artículo 2059 que establece los límites dentro de los cuales puede ser reparado el daño inmaterial, en el Título IX del Libro V del *Codice Civile*, titulado *Dei fatti illeciti*. Por ello, FIANDACA sostiene que era voluntad del legislador no admitir la indemnización pecuniaria por daños no económicos resultantes de un incumplimiento contractual, reservándola, en el ámbito designado por el artículo 2059, solamente a las infracciones extracontractuales<sup>107</sup>.

Sin embargo, este rechazo tradicional de los daños no patrimoniales por incumplimiento del contrato puesto de relieve por FIANDACA ha ido flexibilizándose con el paso del tiempo, debido entre otros factores al artículo 1174 del *Codice*, donde se establece que «[l]a prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore», lo que ha permitido a

---

*in combinato disposto con l'art. 185 c. c. – suggeriva certamente una simile soluzione”;* definiendo la misma posición que este autor, encontramos a BUSNELLI, F. D., COMANDÈ, G. (2001), “Damages under italian law”, en MAGNUS, U. (editor), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Londres, p. 124, “[t]he Italian system identifies non-economic losses as those that cannot be objectively evaluated economically (art. 2059 c. c.), while the general rule of art. 2043 c. c. covers all damages that can be evaluated economically, according to compensation goals. However, art. 2059 c.c. typifies too strictly non-economic damages –at least in the general scholar understanding of it –because it mainly links them to the existence of a crime (art. 185 criminal code)”;

MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2003), “El daño moral”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, pp. 859 y 860, “[s]egún el art. 2059 *Codice Civile* los daños no patrimoniales sólo se indemnizarán en los casos previstos por la ley, lo que se entiende como una remisión implícita al art. 185.2 *Codice Penale*, que obliga al causante del daño a indemnizar el daño patrimonial y el daño no patrimonial derivado de un ilícito penal”; RUGGIU, C. (2010), “Il danno risarcibile”, en VIOLA, L. (editor), *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, CEDAM, Paudua, p. 537, “[i]l problema si pone perchè la norma che riconosce la risarcibilità dei danni non patrimoniali (art. 2059 c. c.), dettata dal Legislatore con riferimento alla responsabilità extracontrattuale, non pare estensibile, nel silenzio normativo, alla responsabilità da inadempimento”.

<sup>107</sup> FIANDACA, L. (2009), *Il danno non patrimoniale. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè Editore, Milán, p. 85, “[l]’impostazione tradizionale, sul rilievo del carattere patrimoniale del rapporto giuridico sottostante al contratto, ha sempre negato la possibilità di veicolare pretese risarcitorie per danni non patrimoniali originati dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione in esso dedotta. La natura economica del rapporto mal si conciliava con una richiesta di ristoro di pregiudizi di differente tipologia, afferenti non al patrimonio del soggetto ma alla sua dimensione interna, al suo vissuto, al suo modo di essere e di interagire con agli altri. All’argomento logico la dottrina coniugava il dato sistematico, desumibile dalla collocazione del disposto di cui all’art. 2059 c. c., che disciplina i limiti entro cui è ammessa la riparazione del danno non patrimoniale, nel titolo IX del Libro V del codice civile, rubricato “Dei fatti illeciti”. Era dunque palese la voluntas legislatoris di non accordare il ristoro monetario per i pregiudizi non economici conseguenti ad un inadempimento contrattuale, riservandola, nell’ambito segnato dall’art. 2059 c. c., ai soli illeciti extracontrattuali.”

algunos autores poder sostener que el artículo 1174 posibilita construir un sistema que admita el resarcimiento del daño moral<sup>108</sup>.

De esta forma, parece existir dos grupos doctrinales diferenciados, por un lado aquellos autores que optan por entender que únicamente cabe hablar de daño moral en supuestos de responsabilidad extracontractual<sup>109</sup> y por otro lado, aquellos autores que entienden que puede hablarse de daño no patrimonial contractual cuando se ve vulnerado un interés constitucionalmente protegido de la persona<sup>110</sup>, intereses que se encuentran reflejados en el artículo 2 de la *Costituzione* italiana, donde se expone que «[l]a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la

---

<sup>108</sup> En este sentido encontramos a MARTÍNEZ ESPÍN, P. (1996), *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, p. 39: "El artículo 1174 Cc ha venido a confirmar el principio de indemnización por daños morales en caso de incumplimientos contractuales, cuando la ley expresamente lo autorice"; NAVARRETTA, E., POLETTI, D. (2004), "I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale", en NAVARRETTA, E. (editora), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè Editore, Milán, p. 62, "[s]e, dunque, l'art. 1174 c. c. non è decisivo in senso affermativo, ma offre un orizzonte nel quale si può inserire la costruzione di un sistema di disciplina dei danni non patrimoniali, analogamente, e per converso, non è determinante in senso negativo l'art. 1223 c. c. e la descrizione del danno dal medesimo accolta"; FRANZONI, M. (2009), "Il danno non patrimoniale del diritto vivente", en PONZANELLI, G., BONA, M. (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè Editore, Milán, pp. 217 y 218, "[l]a logica seguita è lineare, tecnicamente non poggia sulle norme che ci si sarebbe aspettato di trovare scritte (l'art. 2059, forse anche l'art. 2056 c.c.), è impiegata per effettuare una riforma in senso sostanziale, senza poterne avere la forma. Il punto forte è il richiamo all'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. Da questa norma fa discendere la risarcibilità del danno non patrimoniale, senza porsi il tema della collocazione sistematica dell'art. 2059 c.c., anzi, in un passo sucesivo, l'estensore rende inútiles il richiamo proprio a questa norma, in favore della onnicomprensività dell'art. 1223 c.c."; PLENTEDA, R. (2010), "L'azione risarcitoria", en VIOLA, L. (editor), *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, CEDAM, Paudua, pp. 388 y 389, "[i]n conclusiones, i due presupposti più volte richiamati sono destinati ad operare in alternativa e non in concomitanza: per un verso, la circostanza che le parti abbiano dedotto nella causa concreta del contratto, secondo lo schema dell'art. 1174 c. c., la realizzazione di un interesse non patrimoniale deve ritenersi idonea, in caso di inadempimento, a fondare il diritto al resarcimiento del danno, secondo lo schema della responsabilità contrattuale, a prescindere dalla corrispondenza dell'interesse leso ad un diritto inviolabile; per converso, la lesione di un diritto della persona dichiarato inviolabile dalla Costituzione determina il diritto al risarcimento del danno anche se il corrispondente interesse non era stato dedotto in contratto: in questo caso, esclusa la responsabilità da inadempimento, deve essere garantita al danneggiato la tutela minima risarcitoria da fatto illecito".

<sup>109</sup> A modo de ejemplo, podemos mencionar a: CRICENTI, G. (2006), *Il danno non patrimoniale*, Cedam, Padua, p. 90, "[l]'impostazione dominante è dunque chiara. Si tratta di valutare che ruolo può avere l'art. 2059 c. c. rispetto ai danni che derivino dall'inadempimento di una obbligazione. È chiaro, infatti, che se si sostiene che l'art. 2059 c. c. è dettato per ogni ambito in cui possano verificarsi danni di quel tipo, e quindi anche per l'area dell'inadempimento contrattuale, il problema è risolto in partenza, e cioè: saranno risarcibili i danni non patrimoniali contrattuali solo quando l'inadempimento costituisca reato, secondo la tradizionale estensione che si attribuisce all'art. 2059 c. c., oppure, secondo la più recente versione interpretativa anche quando venga leso un interesse della persona costituzionalmente rilevante".

<sup>110</sup> Por todos: LUCA, D., CLAUDIO, V. (2009), *Il nuovo danno alla persona. Le nuove frontiere del danno non patrimoniale alla luce della recentissima pronuncia 26972/08 delle Sezioni Unite*, Nuova Giuridica, Matelica, p. 191, "[i]l nuovo orientamento della corte di legittimità pone dei problemi in relazione alla concreta individuazione degli interessi personali di rango costituzionale, la cui lesione consente la risarcibilità del danno non patrimoniale anche al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 2059 c. c. ".



*sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».*

La opción doctrinal que permite estimar el daño moral contractual cuando se ve vulnerado un interés constitucional de quien lo sufre encuentra su principal justificación en el punto 4.3 de la Sentencia número 8827/2003, de 32 de mayo de 2003, *della Corte di Cassazione*, donde se establece que la lectura tradicionalmente restrictiva del artículo 2059, en relación con el artículo 185 del Código Penal, como medio para asegurar la protección del daño moral subjetivo, el sufrimiento de los contingentes, la perturbación transitoria causada por el agravio padecido (interpretación basada en los trabajos preparatorios del Código de 1942 y seguida en gran medida por la jurisprudencia) no puede continuar siendo compartida. Conforme al ordenamiento actual, en el que asume una posición destacada la Constitución (reconociéndose y garantizándose en el artículo 2 los derechos inviolables del hombre) el daño no patrimonial debe ser entendido como una categoría amplia, incluyendo cualquier situación en la que se vieran lesionados valores inherentes a la persona. Esta conclusión se sostiene en la evolución progresiva de la regulación de esta materia, marcada por la nueva actitud mostrada tanto por el legislador como por la jurisprudencia en relación a la protección concedida al daño moral en la acepción más amplia del daño causado por vulneración de los intereses sin relevancia económica inherentes a la persona<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Sentencia número 8827/2003, de 32 de mayo de 2003, *della Corte di Cassazione* : “Ritiene il Collegio che la tradizionale restrittiva lettura dell’articolo 2059, in relazione all’articolo 185 Cp, come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell’animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato (interpretazione fondata sui lavori preparatori del codice del 1942 e largamente seguita dalla giurisprudenza), non può essere ulteriormente condivisa. Nel vigente assetto dell’ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all’articolo 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo - , il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona. Tale conclusione trova sostegno nella progressiva evoluzione verificatasi nella disciplina di tale settore, contrassegnata dal nuovo atteggiamento assunto, sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, in relazione alla tutela riconosciuta al danno non patrimoniale, nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica (in tal senso, v. già Corte costituzionale, sentenza 88/1979)”; entre los autores que interpretan la presente Sentencia como la apertura hacia la inclusión del daño moral en el artículo 2059, encontramos a FIANDACA, L. (2009), p. 86, “[q]uanto al dato sistematico, che enfatizza la collocazione dell’art. 2059 c. c. nell’ambito del titolo sui fatti illeciti, il medesimo non appare dirimente; esso è infatti frutto del particolare contesto nel quale è stato varato il codice civile, in cui si accordava la tutela risarcitoria per i pregiudizi non patrimoniali nelle sole ipotesi di reato, e pertanto si giustificava la collocazione della norma nella sede extracontrattuale, trattandosi dell’ambito più attiguo a quello penale. Tali considerazioni non sembrano tuttavia attuali, sol che si consideri che la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che la protezione a livello costituzionale dei diritti inviolabili risulta compromessa ove non venga assicurata quanto meno la tutela risarcitoria, che è la minima protezione apprestata dall’ordinamento, in caso di lesione agli stessi inferta”; SGANGA, C. (2009), “Dal tramonto all’alba: l’art. 2059 c.c. ed il riordino del dopo-principio”, en PONZANELLI, G., BONA, M. (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè Editore, Milán, p. 474, “[l]a nuova categoria apre inoltre, con la sua capacità assorbente, le porte dell’art. 2059 c. c. a future integrazione manu legis o iudicis, in virtù della portata espansiva della clausola dell’art. 2 Cost.”; REYNAUD, G. (2009), “Il danno non patrimoniale dopo l’intervento della Cassazione a Sezioni Unite: qualche certezza e molti dubbi”, en PONZANELLI, G., BONA, M. (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè Editore, Milán, p. 374, “[d]eve innanzitutto essere giudicata positivamente la conferma dei

Y dentro del posible resarcimiento del daño moral contractual, merece especial mención el daño moral originado por pérdida de vacaciones. En estos casos parece existir un consenso generalizado en señalar al artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, como uno de los principales baluartes para admitir el daño moral contractual por frustración de viaje, gracias principalmente a la interpretación que de este artículo realizó la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de marzo de 2002, y más concretamente el punto 23 de esta Sentencia, donde se expuso que “[h]ay que interpretar el artículo 5 de la Directiva a la luz de estas consideraciones. Si bien dicho artículo se limita, en su apartado 2, párrafo primero, a referirse de modo general al concepto de daños, es necesario señalar que, al prever en su apartado 2, párrafo cuarto, que, por lo que se refiere a los daños que no sean corporales, los Estados miembros tienen la facultad de admitir que se limite el resarcimiento en virtud del contrato siempre que dicha limitación sea razonable, la Directiva reconoce de forma implícita la existencia de un

---

*“revoluzionari” Parodi cui la Suprema Corte –successivamente confortata dalla giurisprudenza costituzionale– era giunta nel 2003, con le note sentt. n. 8827 e 8828 emesse dalla III Sezione. Ratificando quello che da circa un lustro è diventato, in modo tutto sommato piuttosto condiviso, il “diritto vivente”, le Sezioni Unite affermano apertis verbis: la nature bipolare del sistema della responsabilità aquiliana, con la sola distinzione tra danno patrimoniale, disciplinato dall’art. 2043 c.c., e danno non patrimoniale, regolato dall’art. 2059 c.c.; l’insostenibilità della lettura restrittiva tradizionalmente data al contenuto di tale ultima disposizione quale riferita al «c.d. danno morale soggettivo, inteso come sofferenza contingente, turbamento dell’animo transeunte» e il conseguente principio secondo cui «il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica»; la necessità di operare una rilettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., da intendersi come previsione della risarcibilità del danno non patrimoniale non soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge ordinaria, ma, quale forma minima ed irrinunciabile di tutela, anche laddove siano violati diritti della persona tutelati dalla Costituzione”; VETTORI, G. (2009), “Danno non patrimoniale e diritti inviolabili”, in PONZANELLI, G., BONA, M. (editori), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè Editore, Milán, p. 533, “[l]a sentenza supera le precedenti incertezze ed ammette anche nell’area contrattuale la risarcibilità del danno non patrimoniale. Ricorda i dubbi sulla ammissibilità del cumulo e considera superfluo il ricorso a tale espediente quando con un contratto si violi un diritto costituzionale della persona. Ciò si reputa possibile in base all’art. 1174 attraverso un accertamento nell’area del contratto degli interessi che presentano carattere non patrimoniale da effettuare in base alla causa concreta del negozio «da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato... e dunque ragione concreta della dinamica contrattuale»; IANNI, V. (2011), “Danno patrimoniale e danno non patrimoniale”, in CENDON, P. (director), *Danni in generale integrità fisica e psichica criteri del risarcimento*, Volume primo, Cedam, Padua, p. 105, “[a]lla luce degli Parodi dottrinali e giurisprudenziali, la norma opera, in un’ottica costituzionalmente orientata, ogniquale volta viene leso un diritto de riceve un presidio a livello di normativa costituzionale”; ROSSI, R. (2011), “Il danno morale”, in CENDON, P. (director), *Danni in generale integrità fisica e psichica criteri del risarcimento*, Volume primo, Cedam, Padua, p. 6, “[a] differenza che in passato, e grazie alla lettura evolutiva dell’art. 2059 c. c. operata dalle sentenze cd. Gemelle del maggio 2003, la risarcibilità del danno morale, così come in generale quella del danno non patrimoniale, non è più condizionata dalla riserva di legge di cui all’art. 185 c. p. Ai fini del risarcimento, in altri Termini, non è necessario il riscontro di un fatto illecito integrante gli estemi di reato, essendo questa una soltanto delle ipotesi in cui il danno morale potrà essere risarcito”.*

derecho a la reparación de los daños que no sean corporales, por lo tanto del perjuicio moral”<sup>112</sup>.

Posteriormente, y tras la implantación del *Codice del Turismo* en el año 2011, la doctrina entiende que la inclusión de estos daños se encuentra reflejada en el artículo 47 de este texto normativo:

*«1. Nel caso in cui l'inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico non sia di scarsa importanza ai sensi dell'articolo 1455 del codice civile, il turista puo' chiedere, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta. 2. Ai fini della prescrizione si applicano i termini di cui agli articoli 44 e 45 ».*

El artículo 47 al contemplar la posibilidad de que el afectado por el incumplimiento o mala ejecución de los servicios objeto del paquete turístico contratado pueda solicitar, con independencia de la resolución del contrato, un resarcimiento del daño correspondiente al tiempo de vacaciones gastado innecesariamente y a la oportunidad perdida, ha permitido a sostener a MAZZAMUTO que la apertura del contrato de paquete turístico al resarcimiento del daño a la persona conforme a la regla de responsabilidad por incumplimiento del artículo 43 del *Codice del Turismo* ha puesto sobre la mesa la cuestión del daño moral contractual y ha posibilitado el desarrollo de la línea de pensamiento que, en contra de la teoría tradicional, admite la posibilidad de la responsabilidad *ex contractu* y del daño no

---

<sup>112</sup> SAVANNA, L. (2008), *Contratti di viaggio e responsabilità. Il danno da vacanza rovinata*, G. Giappichelli Editore, Turín, p. 149, “[i]nfine come già visto nel precedente paragrafo la Corte di Giustizia U. E., con pronuncia del 12 marzo 2002, ha eliminato ogni ulteriore perplessità avendo statuito che l’art. 5 della direttiva n. 90/314/CE vada intesa nel senso di assicurare a tutti i consumatori il ristoro anche dei danni morali derivanti dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico, in considerazione della rilevanza che, per il consumatore, assume il mancato godimento della vacanza”; RINALDI, M. (2010), “Il danno (patrimoniale e non) nei singoli contratti”, en VIOLA, L. (editor), *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, CEDAM, Paudua, p. 976, “[s]econdo la Corte di Giustizia, infatti, atteso che l’art. 5, n. 2, comma 4 della direttiva stabilisce la facoltà per gli Stati membri di ammettere limitazioni convenzionali non irragionevoli all’indennizzo per danni non alla persona (cfr. ora art. 95 del Codice del Consumo), ne discende che «la direttiva riconosce implicitamente l’esistenza di un diritto al risarcimento dei danni diversi da quelli corporali, tra cui il danno morale»”; SELLA, M. (2010), *I danni non patrimoniali*, Giuffrè Editore, Milán, p. 687, “[u]na prima svolta in favore della risarcibilità dei danni non patrimoniali da vacanza rovinata si è avuta con la pronuncia della Corte di Giustizia CE, emessa su di una questione pregiudiziale vertente sull’interpretazione dell’art. 5 della Direttiva n. 90/314/CE”; RUSCICA, S. (2010), “La quantificazione delle tipologie di danni risarcibili”, en VIOLA, L. (editor), *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, CEDAM, Paudua, p. 656, “[c]ostituisce certamente un limite alla risarcibilità del danno esistenziale contrattuale la concreta possibilità di abusi da parte dei pretesi soggetti danneggiati, circostanza che presumibilmente ha indotto le Sezioni Unite nelle romane celebri sentenze del 2008, a inserire anche per tale tipologia di danno, il criterio della inviolabilità della lesione associato alla gravità e serietà conseguenze, con la conseguenza di rendere irrisarcibili gran parte degli inadempimenti contrattuali sotto il profilo del danno non patrimoniale, estendendolo anche a fattispecie, che vanno considerate rilevanti sotto il profilo della coscienza sociale, quali il ritardo ripetuto dei treni e degli aerei”.

patrimonial consagrada por el legislador en 2011, que con el artículo 47 del *Codice del Turismo* prevé expresamente el resarcimiento del daño por las vacaciones perdidas<sup>113</sup>.

Parece innegable que el artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de marzo de 2002 que señalábamos con anterioridad, han sido determinantes para la admisión del daño moral contractual por parte de los tribunales italianos en estos supuestos, lo que se vió reforzado con la posterior publicación del *Codice del Turismo*. En cuanto a la normativa nacional sobre la que los tribunales basan sus decisiones, ésta ha variado con el paso del tiempo, pasando de entender este daño moral incluido en una interpretación conjunta del artículo 2059 del *Codice Civile* y del *Codice del Consumo*, a entenderlo incluido en el artículo 47 del *Codice del Turismo* tras su aprobación en 2011.

Como un ejemplo de la jurisprudencia anterior a 2011, podemos citar la sentencia de 16 de diciembre de 2010, del *Tribunale Di Milano*, que indica en el apartado *motivi della decisione* que el resarcimiento del daño por vacaciones perdidas, configurado como daño moral, se basa en la combinación de lo dispuesto en el artículo 2059 C.C. y del artículo 92.2 del *Codice del Consumo*, según la cual el consumidor, en caso de anulación del paquete de viaje por motivos ajenos a su persona, tiene derecho, además de la devolución del importe o, alternativamente, a la oferta de un servicio equivalente por parte de la agencia de viajes, al resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento del contrato<sup>114</sup>.

Y como muestra de la jurisprudencia posterior a la publicación del *Codice del Turismo*, la Sentencia de *Il Tribunale Di Lecce*, de 7 de enero de 2013, concluyó, en el apartado *Fatto e Diritto*, que la Sentencia de 12 de marzo de 2002 al pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada en relación a la interpretación del artículo 5 de la Directiva

---

<sup>113</sup> MAZZAMUTO, S. (2012), "Il danno non patrimoniale contrattuale", *Europa e diritto privato*, N° 2, 2012, p. 442, "[l]’apertura della disciplina del contratto di pacchetto turistico al risarcimento di danni alla persona e per di più secondo le regole della responsabilità per inadempimento di cui all’art. 43 cod. tur. ha riportato alla ribalta il tema del danno contrattuale non patrimoniale ed ha fornito un ulteriore appiglio normativo alla linea di pensiero che, contro l’impostazione tradizionale, ammette la compatibilità tra responsabilità ex contractu e danno non patrimoniale ora consacrata dal legislatore delegato del 2011 il quale, con l’art. 47 cod. tur., espressamente ha previsto il c. d. risarcimento del danno da vacanza rovinata"; en sentido similar, NIVARRA, L. (2012), "La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un’incompiuta", *Europa e diritto privato*, N° 2, 2012, p. 497, "[è] innegabile, tuttavia, che il nostro ordinamento giuridico contenga oggi una norma nella quale il danno non patrimoniale da contratto integra gli estremi di un vero e proprio “doppio”: alludo all’art. 47, co. tur.”.

<sup>114</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 2010, del *Tribunale Di Milano*, *motivi della decisione*: "[l]a risarcibilità del danno da vacanza rovinata, configurato come danno non patrimoniale, si fonda sul combinato disposto dell’art.2059 c.c. e dell’art.92 comma 2 del Codice del Consumo, secondo il quale il consumatore, in caso di annullamento del pacchetto di viaggio senza colpa da parte del consumatore, ha diritto, oltre alla restituzione della somma o, in alternativa, all’offerta di una prestazione equivalente da parte del tour operator, al risarcimento di “ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto”. Nel caso di specie il danno può ritenersi provato in via presuntiva, in quanto, con l’annullamento del viaggio gli attori hanno perso una occasione di riposo e di svago oltre che di godimento della mutua compagnia, occasione che deve essere considerata di particolare valore per gli attori in considerazione della relazione intercorrente tra loro al tempo degli accadimenti di cui è causa, oltre che del fatto che la signora XXXX era residente negli Stati Uniti; le opportunità di trascorrere un periodo di tempo in mutua compagnia si presumono dunque essere state molto limitate per gli odierni attori”.

90/314/CEE, señaló que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que el consumidor tendrá derecho al resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento o de la incorrecta ejecución de los servicios prestados durante un viaje combinado, poniendo en evidencia que en el sector de los viajes turísticos a menudo se ocasionan daños diferentes a las lesiones corporales, no limitándose a los daños físicos, y que todos los sistemas jurídicos modernos otorgan una importancia mayor a las vacaciones. A la luz de esta Sentencia, la doctrina y la jurisprudencia, conforme a las expresiones genéricas del D.Lgs. n. 111 de 1995 (arts. 13 y 14) incluyen también el daño moral. Hoy, en una visión de conjunto, el *Codice del Turismo* (D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79, promulgado para trasponer la Directiva 2008/122/CE), prevee expresamente (art. 47) el daño por las vacaciones perdidas por incumplimiento o de la mala ejecución de los servicios cubiertos por el paquete turístico contratado<sup>115</sup>.

Si bien la argumentación empleada por los tribunales italianos varió tras la publicación del *Codice del Turismo*, entendemos que lo realmente relevante es que las Sentencias citadas perseguían el mismo fin, la posibilidad de que los daños morales derivados de una pérdida de las vacaciones contratadas pudieran ser resarcidos.

Aunque es evidente, tal y como venimos relatando, que se ha producido una apertura entre la doctrina y jurisprudencia en lo que a la admisión del daño moral contractual se refiere, también es cierto que es posible encontrar sectores donde la estimación de este daño está muy restringida, como es el caso del contrato de trabajo y, más concretamente, del daño moral por despido, donde tanto la jurisprudencia como la doctrina únicamente admiten su resarcimiento cuando nos encontramos ante un *licenziamento ingiurioso*<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Sentencia de Il Tribunale Di Lecce, de 7 de enero de 2013, *Fatto e Diritto*: "La Corte di Giustizia, già nel 2002 (sentenza 12 marzo 2002, n. 168), pronunciandosi in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 5 della direttiva n. 90/314/CEE, aveva affermato che il suddetto articolo "deve essere interpretato nel senso che in linea di principio il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso", mettendo in evidenza che nel settore dei viaggi turistici si segnalano spesso "danni diversi da quelli corporali", "al di là dell'indennizzo delle sofferenze fisiche" e che "tutti gli ordinamenti giuridici moderni (riconoscono) .. un'importanza sempre maggiore alle vacanze". Alla luce di tale pronuncia, la dottrina e la giurisprudenza di merito, hanno letto le espressioni generiche contenute nel D.Lgs. n. 111 del 1995 (artt. 13 e 14) come comprensive anche del danno non patrimoniale. Oggi, in una visione d'insieme, il Codice del turismo (D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79, emanato in attuazione della direttiva 2008/122/CE), non applicabile nella specie, prevede espressamente (art. 47) il danno da vacanza rovinata per il caso di inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico".

<sup>116</sup> LIBERATI, A. (2009), pp. 346 y 347, "[l]a giurisprudenza riconosceva la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nell'ipotesi del cosiddetto licenziamento ingiurioso, nel quale cioè, vi fosse una lesione del decoro, della dignità o dell'onore del lavoratore licenziato"; como muestra de la jurisprudencia existente sobre la materia, podemos citar la Sentencia de 15 de abril de 2013, de Corte di Cassazione, *Motivi della decisione*, donde se indica que "[c]irca il danno non patrimoniale si è detto supra: la Corte territoriale ha indicato un pluralità di elementi, anche di ordine medico-legale, che portano a ritenere una analogia con la situazione di totale inattività di un dipendente per colpa del datore di lavoro, per cui il danno è stato liquidato in via equitativa con riferimento alla giurisprudenza formata in ordine a tale ultima situazione, secondo una valutazione congruamente e logicamente motivata e coerente con la giurisprudenza di legittimità in ordine alla valutazione e liquidazione in via equitativa del danno non patrimoniale".

Pese a que continúa habiendo sectores donde el daño moral adolece de grandes límites en su apreciación por los tribunales italianos, podemos finalizar este apartado concluyendo que tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia italiana se ha producido una evolución positiva respecto a la estimación del daño moral contractual, evolución que parece tener su principal origen, además de en la necesidad de hacer frente a las reclamaciones por estos daños, en la tendencia positiva hacia la apreciación de los mismos que se presenta en las instituciones europeas, lo que ha llevado a SCOGNAMIGLIO a defender que es del todo coherente con el espíritu de los tiempos y con las señales evolutivas que se encuentran en los proyectos de Derecho privado europeo el reconocimiento del resarcimiento del daño no patrimonial contractual que se filtra a través de la teoría del derecho de la persona constitucionalmente garantizado<sup>117</sup>.

## **2.2.2 Ordenamientos latinoamericanos en los que se contempla de forma expresa el daño moral por incumplimiento de contrato**

### **2.2.2.1 Perú**

El Código Civil peruano contempla en su artículo 1322 que “[e]l daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. Este artículo se encuentra incluido en el Título IX (inejecución de las obligaciones), de la Sección Segunda (efectos de las obligaciones), del Libro VI (las obligaciones) del Código Civil Peruano.

Existe un amplio consenso doctrinal en señalar al jurista FERNÁNDEZ SESSAREGO como el principal responsable de la inclusión del daño moral en el Código Civil peruano, quien a su vez tuvo como principal referente la evolución de la jurisprudencia italiana en el tratamiento del daño moral<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> SCOGNAMIGLIO, C. (2009), “Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite”, en PONZANELLI, G., BONA, M. (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè Editore, Milán, p. 463, “[d]el tutto coerente con l’esprit du temps, e con i segnali evolutivi che si colgono –lo si è già sottolineato nelle premesse– nell’ambito dei progetti di diritto privato europeo è infine il riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, anch’esso filtrato attraverso la teorica dei diritti della persona costituzionalmente garantiti”; compartiendo la idea que expone SCOGNAMIGLIO, encontramos a BUSNELLI, F. D., COMANDÈ, G. (2001), “Non-pecuniary loss under italian law”, en HORTON ROGERS, W. V. (editor), *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, Nueva York, p. 137, “[c]oncerning the rule contained in art. 2059 c. c., scholars divide themselves in two main groups. The first one wishes to repeal it (either by law or by a decision of the Constitutional Court), inclining to the French model of globalization. The second group wants to retain the rule, inclining to its reform in order to make it more flexible like Swiss system”; CAMPAGNA, A. (2010), “Figure di responsabilità contrattuale, sezione I, la somministrazione”, en CENDON, P., BALDASSARI, A. (directores), *Il danno a la persona*, tomo II, Zanichelli Editore, Bolonia, p. 2068, “[i]n realtà, in questi anni, il legislatore, la doctrina e la giurisprudenza si sono mostrati Molto favorevoli all’ingresso del danno non patrimoniale contrattuale, con particolare riguardo per la tutela dei consumatori”; ZIVIZ, P. (2011), *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Giuffrè Editore, Milán, p. 545, “[l]a necessità di assicurare, sul piano concreto, soluzioni tali da garantire il raggiungimento di un simile traguardo ha comportato, spesso, un sacrificio quanto alla coerenza sistematica delle regole risarcitorie”.

<sup>118</sup> WOOLKOT OYAGUE, O. (2010), “La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona: los dos cambios más profundos en el sistema de responsabilidad civil”, en CERVANTES LIÑÁN, L., RIVERA

Por lo tanto, podemos afirmar que el artículo 1322 implica que el Código Civil Peruano actual recoge la aceptación expresa del daño moral por incumplimiento de contrato<sup>119</sup>. Sin

---

ORÉ, J. A. (coordinadores), *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*, Motivensa SRL, Lima, pp. 312 y 313, “[c]abe destacar, que la obra de Fernández Sessarego en el derecho privado nacional es importante por haber logrado plasmar en el nuevo Código de 1984 una visión humanista del Derecho, rompiendo con el esquema patrimonialista imperante bajo el derogado Código. Este cambio representa un hito histórico que se traduce en el reconocimiento del ser humano como eje de tutela del Derecho. La filosofía de base existencialista en Fernández Sessarego permite que nuestro derecho privado se coloque al unísono con las más modernas tendencias en la tutela de persona a nivel del Derecho Comparado. Como precisa el propio jurista nacional, su presencia en Italia (1977-1983) coincidió con el nacimiento del “daño a la persona” que tuvo sustento en los precursores y básicos hallazgos de la escuela de Génova, representada por Guido Alpa y en la de Pisa, encarnada principalmente en la destacada figura de F.D. Busnelli, así como en lo producido por la jurisprudencia de ambas ciudades. De esta manera, los desarrollos en torno a la teoría del “daño a la persona” en el Perú a partir de la década de los años ochenta, algunos años después que el concepto germinara en Italia a mediados de los setenta, tienen su base en los estudios del derecho italiano en torno a los famosos fallos judiciales provenientes de la casación de 1981 (Sent. No. 3675 de 06 de junio de 1981), de la Corte Const. De 1986 (Sent. No. 184) y la histórica Sentencia del Tribunal de Génova de 1974, que frente al problema que genera una norma como el art. 2059 C.C. italiano, al establecer la reparación del daño moral en los casos señalados por la ley, abrieron nuevas vías interpretativas orientadas a la reparación del daño no patrimonial a la persona”; VEGA MERE, Y. (2010), “La labor de Carlos Fernández Sessarego en el reconocimiento del daño a la persona. Influencias filosóficas y jusfilosóficas”, en CERVANTES LIÑÁN, L., RIVERA ORÉ, J. A. (coordinadores), *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*, Motivensa SRL, Lima, p. 109, “[l]a anteriormente mencionada es la concepción del “daño a la persona” que Fernández Sessarego profundizara y sistematizara así como divulgara a nivel latinoamericano a partir de los años 80 del siglo XX y que incorporara en el Código Civil peruano de 1984. El tratamiento legal del daño a la persona en el Perú ha trascendido las fronteras, al ser acogido por doctrina y jurisprudencia de otros países latinoamericanos, hasta llegar a plasmarse en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. Fernández Sessarego descubrió en la legislación y doctrina italianas una inicial construcción del “daño a la persona” que se remonta a las iniciales meditaciones de Gerin, quien advirtió la necesidad de reparar los daños personales más allá de una acostumbrada limitación a la esfera afectiva a través del denominado “daño moral” y abogó por la indemnización de los daños que ocasionaban lesiones al ser de la persona, a su estructura somática, a la incidencia del perjuicio en su vida de relación. Posiblemente por esa necesidad de afrontar la incidencia de los perjuicios o menoscabos en las diferentes facetas o comportamientos de la persona, el daño a la persona se atomizó en una serie de voces y expresiones tales como daño estético, daño a la vida de relación, daño a la vida sexual, etc. A ello se añadió la poco esclarecida diferenciación entre daño biológico y daño a la salud que sólo a mediados de los años 80 los italianos comprendieron mejor gracias a la disertación que Fernández Sessarego sostuviera en un congreso internacional reunido en la Universidad de Pisa en 1988”.

<sup>119</sup> OSTERLING PARODI, F., CASTILLO FREYRE, M. (2008), *Compendio de Derecho de Las Obligaciones*, Palestra Editores, Lima, p. 871, “[a]hora bien, en ocasiones el incumplimiento contractual no genera, en estricto, severos daños patrimoniales y, en consecuencia, la indemnización que de ellos se deriva sería verdaderamente intrascendente. No obstante, como ya señalamos al analizar el artículo 1321, ese mismo incumplimiento podría vulnerar otro tipo de valores que ameritan, también, una indemnización a favor del perjudicado, conforme lo prescribe el artículo 1322 del Código Civil Peruano”; FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2010), “Aproximación al escenario jurídico contemporáneo”, en CERVANTES LIÑÁN, L., RIVERA ORÉ, J. A. (coordinadores), *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*, Motivensa SRL, Lima, pp. 94 y 95, “[d]entro del genérico y amplio concepto de “daño a la persona” se ha ubicado el mal llamado “daño moral” en tanto se trata de un daño psíquico, no patológico, de carácter emocional.

embargo, como puede observarse, este Código Civil únicamente se limita a recoger la aceptación de los daños extrapatrimoniales, no contempla su definición ni ninguna indicación que pudiera ser tenida en cuenta para la valoración o para el resarcimiento de estos daños<sup>120</sup>.

Esta falta de definición y de indicaciones para estimar la existencia del daño moral ha llevado a parte de la doctrina a criticar al concepto de daño moral en sí, al considerar que la única forma de poder resarcir la totalidad de los daños extrapatrimoniales padecidos sería a través del resarcimiento del “daño a la persona”, siendo un claro referente de esta postura doctrinal FERNÁNDEZ SESSAREGO, quien considera que “[l]a incorporación del daño a la persona cuando el Código se hallaba en vísperas de ser promulgado no permitió, como hubiera sido deseable, que se pudiera otorgar un tratamiento sistemático al daño a la persona dentro del articulado del Código Civil. Esta fue la razón por la cual los textos de los artículos 1984 y 1322 no pudieran ser oportunamente enmendados y concordados con el artículo 1985 en referencia. Es por ello que en el artículo 1984 se alude y se desarrolla exclusivamente la materia concerniente al daño moral en vez de centrarse sobre el genérico daño a la persona. En este mismo sentido, el artículo 1322, ubicado dentro de la responsabilidad civil contractual, se refiere también solamente al daño moral prescindiéndose de la voz daño a la persona”<sup>121</sup>.

---

Esta tendencia, destinada a precisar la naturaleza del llamado “daño moral”, va logrando cada vez una mayor aceptación en el mundo jurídico”.

<sup>120</sup> MORALES GODO, J. (2009), *Instituciones del Derecho Civil*, Palestra editores, Lima, p. 451, “[e]n cuanto a los daños no patrimoniales, o también denominados “morales”, “inmateriales”, “no económicos” o “extrapatrimoniales”, no existe un concepto claro, precisamente, porque el objeto afectado es de lo más heterogéneo, además de existir el problema de la reparación. No existe uniformidad de criterios en la doctrina. Algunos consideran que más se asemeja a la idea de venganza o de multa privada que a la reparación del perjuicio ocasionado”.

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1996), “Daño al proyecto de vida”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Lima, N° 50, p. 64; de igual forma, este mismo autor en su obra FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2000), “Repensando el Código Civil Peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Lima, N° 53, pp. 378 y 379, “[e]l conocimiento del ser humano permite conocer su estructura y, por consiguiente, los diversos aspectos de este privilegiado ente susceptibles de ser dañados. Un caso emblemático en este orden de ideas es el referido al daño a la persona, inimaginable pocos años atrás, donde sólo se tenía en cuenta el daño emergente, el lucro cesante y, en ciertas oportunidades, el llamado daño moral. La reparación del daño a la persona, que aparece alrededor de los años setenta del siglo pasado, se haya en plena evolución y desarrollo”; compartiendo la misma crítica realizada por FERNÁNDEZ SESSAREGO encontramos a VIDAL RAMÍREZ, F. (2001), “La responsabilidad civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Lima, N° 54, p. 399, “[l]a conceptualización del daño como factor determinante de la responsabilidad civil ha llevado a la doctrina, por eso, a ampliar el espectro del daño considerando aspectos que la doctrina clásica no había percibido, como, por ejemplo, el daño a los derecho de la persona humana en cuanto tal, como la violación de su derecho a la intimidad de la vida familiar o a la imagen, o el llamado daño a la persona en sus diversas facetas”; MORALES GODO, J. (2009), p. 484, “[l]a concepción sostenida por los juristas peruanos, mencionados anteriormente, respecto del daño moral, resultaría limitativa, ya que no están comprendiendo todas las transgresiones a los derechos fundamentales de las personas, y que si bien no tienen traducción pecuniaria, si pueden llegar a tener significación económica, con mayor razón si es que implica un trastocamiento del proyecto de vida de la persona. Estos aspectos no pueden quedar



En lo que respecta a la jurisprudencia, podemos indicar que existen resoluciones en las que se diferencia, al igual que parte de los autores citados, entre el daño moral y el daño a la persona, siendo un ejemplo de ello la Sentencia de la Corte Superior de Piura, de 8 de junio de 2008, al indicar en su Considerando sexto que “si bien es verdad que nuestra legislación recogiendo la doctrina francesa, señala que el daño moral es el daño no patrimonial que afecta los derechos de la persona, o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica, no se ha reparado que el daño invocado al actor, como es el honor, imagen y reputación no ha sido analizado teniendo en cuenta que forman parte de la persona”<sup>122</sup>.

Y más concretamente, sobre el daño moral contractual, la jurisprudencia peruana exige la existencia de nexo de causalidad entre la acción y el daño producido para poder aplicar el artículo 1322 del Código Civil. De esta manera, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de octubre de 2006 señala que “[l]a indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”<sup>123</sup>.

Tras los autores y las resoluciones judiciales citadas, podemos concluir que la institución del daño moral por incumplimiento del contrato se encuentra asentada en el sistema jurídico de Perú, en su doctrina, en su legislación y en su jurisprudencia. Sin embargo, no alcanzamos a comprender la “controversia jurídica” que ha supuesto el intentar diferenciar entre daño a la persona y daño moral, siendo, como hemos visto, el principal referente de tal controversia FERNÁNDEZ SESSAREGO, ya que entendemos que es posible clasificar todo el daño sufrido por una persona entre las categorías daño patrimonial y daño moral o extrapatrimonial, es más, como hemos visto en el caso francés (que de las sentencias mencionadas se deduce que no resulta ajeno a la jurisprudencia peruana), ha sido el *principe de réparation intégrale* uno de los motivos que han permitido el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales por incumplimiento de contrato. Ahora bien, también debemos señalar que aunque tal “controversia jurídica” continúa existiendo parece que con el transcurso del tiempo es cada vez más aceptado por la doctrina el hecho de que ambos

---

subsumidos únicamente en el “dolor”, a lo que fue reducido el daño moral. El daño a la persona es mucho más profundo, pues es un ataque a un derecho fundamental, es un ataque a la persona en cuanto tal”.

<sup>122</sup> En sentido similar, la Sentencia de la Corte Superior de la Libertad de 6 de junio de 2011, aclara en su punto tercero que “[e]l demandante no ha probado el daño moral sufrido; esto es, una lesión a sus legítimos sentimientos; mas sí, el daño a la persona que constituye una categoría distinta al daño moral conforme al artículo mil novecientos ochenta y cinco del código civil”.

<sup>123</sup> En la misma línea, la Sentencia de la Corte Superior de Lambayeque de 7 de febrero de 2005, expone en su punto tercero: “que además no existe nexo lógico de causalidad entre el accidente, esa salud y el daño, por lo que no hay obligación a indemnizar conforme al artículo 1985 del código civil, la que también debe estar presente para la indemnización por daño moral a que se refiere el artículo 1322 del código civil”.

términos en la práctica (daño moral y daño a la persona) presentan las mismas características en lo que al resarcimiento de los daños no patrimoniales se refiere<sup>124</sup>.

Dicho de otra forma, la admisión del resarcimiento de los daños patrimoniales y morales supone que la parte perjudiciada en el incumplimiento de un contrato pueda ver resarcidos la totalidad de daños que haya padecido, cuestión a parte serían las dificultades de prueba que derivasen de la naturaleza del daño sufrido.

Por lo tanto, consideramos que esta discusión que inicia FERNÁNDEZ SESSAREGO carece de utilidad práctica, pues lo que debe ser realmente relevante es la reparación íntegra de los daños que pueda soportar una persona, con independencia de la naturaleza de los mismos y de la denominación que queramos otorgarle.

### 2.2.2.2 Argentina

El Código Civil argentino recoge el resarcimiento por daño moral contractual en su artículo 522, donde se establece que “[e]n los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Por todos, PAZOS HAYASHIDA, J. (2004), “Indemnización del daño moral. Art. 1322”, en GUTIERREZ CAMACHO, W. (director), *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VI, Derecho de obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, p. 927, “[a]firmar que el artículo 1322 contempla sólo al daño moral en sentido estricto no es sólo desconocer la intención del legislador, sino (y esto es más peligroso) considerar la posibilidad de que se generen daños de carácter extrapatrimonial que no puedan ser indemnizados en supuestos de responsabilidad contractual. En este entendido, sería absurdo considerar que alguien que ha sido afectado físicamente durante la ejecución, por ejemplo, de un contrato de prestación de servicios médicos, no pueda ser indemnizado. En conclusión, el artículo 1322 se refiere al daño moral en su acepción amplia, abarcando todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inexecución de obligaciones. En esta medida, en la concepción que da fundamento a dicho sistema, no hay cabida para el daño a la persona. Por ende, los supuestos problemas de su falta de regulación, no son tales”.

<sup>125</sup> BUERES, A. J. (1986), *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 65, “[e]n nuestro país algunos autores estiman que hay dos sistemas de responsabilidad –el contractual y el aquiliano-, a despecho de que pueda mediar unidad de culpa”; DARAY, H. (1995), *Daño psicológico. Caracterización. Diferencia con el agravio moral. Reclamación. Fijación. Monto indemnizatorio. Prueba. Técnicas de evaluación. Jurisprudencia sistematizada*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, p. 5, “[e]n la actualidad, dentro de la sistemática del Código Civil, se configura la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima en materia de actos ilícitos imputables a la culpabilidad o riesgo creado y también en los casos de indemnización por responsabilidad contractual, arts. 1078 y 522, respectivamente”; GHERSI, C. A., ROSSELLO, G., HISE, M. (1998), *Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada*, Editorial Universidad, Buenos Aires, pp. 183 y 184, “[l]a celebración de un contrato –cualquiera que sea la prestación de la obligación- implica, desde el punto de vista económico, una inversión tendiente a obtener un beneficio; de allí que –de existir responsabilidad- su frustración implique la posibilidad de obtener la reparación del daño causado, y eso sin duda es también una relación económica entre la situación originaria (inversión-benefici esperado) y la valuación económica de los daños y perjuicios (como transferencia de recursos económicos)”.

Como podemos ver, el Código Civil Argentino avanza algo más en la regulación del daño moral por incumplimiento del contrato que el Código Civil Peruano, pues no sólo se limita a contemplar esta figura sino que especifica que corresponderá al juez determinar en cada caso concreto la existencia de estos daños en función de las circunstancias que puedan presentarse de forma particular en cada situación enjuiciada<sup>126</sup>.

Más concretamente, el artículo 522 establece que corresponderá al juez reparar el daño moral conforme a la “índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que es el juez quien se encuentra facultado para apreciar libremente el hecho generador y sus circunstancias y como consecuencia de esta apreciación, podrá o no estimar la procedencia de indemnizar el daño moral en cada caso enjuiciado. La estimación de estos daños deberá ser estudiada mediante criterios restrictivos, siendo resaltada por diferentes sentencias la expresión “podrá condenar” contenida en el artículo 522 como una justificación de esta exigencia de prueba del daño moral acontecido<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> MARIANETTI, J. E. (1997), *El daño psíquico y el daño moral*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 317, “[e]l daño moral es un tipo de trastorno lesional que puede generar angustia y afectar a los sentimientos. Para establecer su existencia deberá determinarse la naturaleza de los sufrimientos o la magnitud que alcanza el dolor producido por el evento dañoso en el común de las personas. Por lo tanto, su determinación es difícil, ya que por su naturaleza particular, este tipo de trastorno perjudicial viene traducido en las vivencias personales del afectado. Para el juzgador, que carece de elementos para precisar el “quantum” del sufrimiento, medir los sinsabores, los padecimientos, las perturbaciones o incertidumbres que plantea el afectado en sus dichos, es una temática predominantemente subjetiva”.

<sup>127</sup> Como ejemplo de lo indicado: Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 4 de febrero de 2015 (caso Gutiérrez Claudio Roberto contra SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA S.A. Y OTROS), Considerando III: “Como en el caso de autos, el artículo 522 del Código Civil, luego de la redacción según reforma de 1968, dispone: “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”. De este modo la ley 17.711 admitió la reparación del agravio moral en materia de daño contractual, estableciendo que el juez podrá condenar al responsable a su reparación; para ello, la ley señala como pautas a tener presente, en forma especial la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso. La jurisprudencia ha decidido que en materia contractual el daño moral debe ponderarse con criterio restrictivo, teniendo en cuenta que el legislador ha empleado la expresión “podrá” en el artículo 522 del Cód. Civil, lo que debe interpretarse en el sentido que la imposición de un resarcimiento por tal concepto ha quedado librada al prudente arbitrio judicial, a cuyo fin el juez se encuentra facultado para apreciar libremente el hecho generador y sus circunstancias, a efectos de imponer o liberar al deudor de una reparación y sin que dicho perjuicio pueda inferirse de cualquier molestia que ocasione el incumplimiento (CNCiv., Sala E, 16-02-05, AMonzón, Mariano c Cooperativa Vivienda Civiles Fuerzas Armadas@, L.L. 2005-B-574). Y que tratándose de un supuesto de responsabilidad contractual, sólo procederá indemnizar el daño moral cuando el juez advierta una torpeza particularmente calificada del deudor en el acaecimiento del hecho que genera su responsabilidad, pues de lo contrario no tendría razón la limitación que para su procedencia determina en el artículo 522 del Código Civil”; Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G (Caso L.R. contra C.H.R y OTROS), de 9 de marzo de 2015, apartado V, punto 3: “Daño moral: De acuerdo con el art. 522 del Código Civil, en materia de responsabilidad contractual, el juez está facultado para condenar al responsable a la reparación del agravio moral, de conformidad con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso. En el

Y es precisamente la referencia al criterio discrecional del juez que realiza el artículo 522 lo que ha recibido críticas por parte de la doctrina. Estos autores entienden que el carácter potestativo entregado por este artículo al juez puede suponer que se den situaciones en las que el daño moral no sea estimado cuando sí ha sido producido, lo que implicaría la desprotección de la víctima del daño<sup>128</sup>.

Sin embargo, otro grupo de autores entiende que la referencia al criterio subjetivo que recoge el artículo 522 a la hora de estimar la existencia del daño moral contractual no supone ninguna novedad, pues este artículo únicamente contempla una facultad del juez que, con anterioridad a su redacción, ya era aceptada con normalidad<sup>129</sup>.

---

plano contractual, no cualquier daño moral origina la responsabilidad del autor del hecho, sino un verdadero agravio. Por ello, siendo excepcional, corresponde al actor la moral en prueba de que verdaderamente hubo daño moral (Conf. Borda, Guillermo, "La Reforma del Código Civil-Responsabilidad Contractual", en E.D. 29-763); en otras palabras, es necesaria la acreditación de la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o de la tranquilidad anímica, que no puede confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos y de los negocios (Conf. Huberman, Carlos, "El daño la responsabilidad contractual", en L.L. 149-522). Es decir que cuando se peticiona la reparación de este daño como derivado del incumplimiento de un contrato, es preciso demostrar de qué manera ha podido afectar la moral del reclamante y en qué medida puede tratarse de un interés resarcible (Conf. Mayo, en Belluscio-Zannoni, "Código Civil", t. 2, p. 730 y sigtes.); Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala 8, 27 de agosto de 2014 (Caso Gimenez María Alejandra contra LA CAMARA S.A.), punto III: "Asimismo, el artículo 522 del Código Civil prevé que "en los casos de indemnizaciones por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso". Conforme dicha normativa se entiende que los jueces no están obligados, sino facultados a condenar por la reparación del daño moral".

<sup>128</sup> DRY, R. S. (2001), *Daño moral. Legitimación activa. Daños punitivos. Cuantificación*, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, p. 16, "[e]n el ámbito de la responsabilidad contractual rige el art. 522 del Código Civil que consagra como principio general el resarcimiento del daño moral. El texto de la ley le otorga carácter potestativo al juez para acordar dicha indemnización, ya que utiliza el término "podrá". No obstante, la doctrina y la jurisprudencia imperantes sostienen que siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil deberá resarcirse el daño moral, ya que si el juez no concediera la indemnización estaría actuando arbitrariamente"; PIZARRO, R. D. (2004), *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 192, "[n]os resistimos a aceptar que la ley conceda a los jueces una facultad tan discrecional –por no decir arbitraria–, como es la de negar la indemnización del daño moral contractual *peticionado y probado*. Detrás de la posición que no compartimos, y bajo el ropaje de la llamada "ponderación del rol de equidad, unida a la justicia en la decisión del caso", puede consagrarse una solución irrazonable. No alcanzamos a comprender por qué, en materia contractual (obligacional), el rol del juez debe ser de *equidad*, y en la órbita aquiliana de justicia. Existe al respecto cierta confusión de ideas, pues equidad y justicia no son conceptos que se contraponen. La equidad (*valor fundado*) es uno de los caminos que permiten llegar a la justicia (*valor fundante*), pero no el único. Está también la seguridad, que no puede ser soslayada y mucho menos en una materia como la que analizamos".

<sup>129</sup> A modo de ejemplo, MOISSET DE ESPANÉS, L. (1993), "El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina)* (<http://www.acader.unc.edu.ar>), p. 6, "la interpretación de este agregado no ofrece mayores dificultades, ya que se limita a incorporar al texto legal algo que tanto doctrina como jurisprudencia aceptaban sin mayor discusión, es decir que la facultad morigeradora del juez no se limitaba al campo de las

Este reconocimiento al criterio subjetivo del juez que realiza el artículo 522 del Código Civil, es interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que el juez debe intentar excluir de las indemnizaciones por daño moral contractual aquellas pretensiones que se basen en “simples molestias” derivadas del incumplimiento del contrato.

Una muestra de lo indicado lo encontramos en el Acuerdo de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, 28 de Diciembre de 2011 (caso VOLPATTO, Susana contra CALI, Silvina D. sobre Juicio de Escrituración y/o otros), cuyo apartado 2.2 refleja que “[e]n cuanto al daño moral, es criterio de esta Sala que en el ámbito contractual el mismo se concibe como el menoscabo o la desconsideración que el incumplimiento puede ocasionar en la persona damnificada, padecimientos psicofísicos, inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias sufridas en el goce de los bienes o afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. CCCRos, Sala I, 05.09.2002, “Capucci c. Galavisión V.C.C. S.A.”, Zeus 91-J-245; v. tb. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 1997, p.205, n° 557; ORGAZ, 36 Alfredo, El daño resarcible, p.264). Pero no todo incumplimiento contractual aparece per se daño moral, dependiendo su admisión de la apreciación del juez en cuanto al hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se origine en la insatisfacción de las prestaciones contractuales, sino que es preciso que el incumplimiento trascienda de lo meramente material involucrado en lo contractual, a lo emocional, es decir, la noción del agravio moral se vincula al concepto del desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, no equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueda provocar el incumplimiento contractual, ya que tales vicisitudes son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial”<sup>130</sup>.

En cuanto a los requisitos necesarios para que pueda apreciarse daño moral conforme al artículo 522, algunos autores consideran que este artículo debe ser interpretado junto a los

---

obligaciones nacidas de un acto ilícito, sino que también podía aplicarse en las hipótesis de incumplimientos contractuales”.

<sup>130</sup> En un sentido similar: Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 6 de Mayo de 2010 (caso González Ricardo Adrián Contra Cti Pcs S.A. Sobre Ordinario), apartado IV: “La indemnización del daño moral en el caso de incumplimiento contractual se encuentra regulada en el artículo 522 del Código Civil. Preciso es señalar en esta directriz, que su admisibilidad es facultativa para el Juez, toda vez que el precepto dice “podrá”, con lo cual se está significando que no le impone al tribunal la necesidad de hacerlo. El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, “La reforma de 1968 al Código Civil”, p. 203; Ed. Perrot, Bs. As., 1971). Sin embargo, esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (Sala C, in re: “Giorgetti Héctor R. y otro c. Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. s. ordinario”, del 30.6.93; in re: “Miño Olga Beatriz c. Caja de Seguros S.A. s. ordinario”, del 29.05.2007).”

artículos 520<sup>131</sup> y 521<sup>132</sup> en los que se aclara que el resarcimiento de daños sólo comprenderá los que fueran consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento salvo que la inejecución de la obligación fuera maliciosa<sup>133</sup>.

Por otro lado, los requisitos que la jurisprudencia argentina exige para apreciar la existencia de estos daños varían en función de que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad aquiliana o contractual, siendo los requisitos de prueba más estrictos en la valoración del daño moral contractual pues los tribunales entienden que la parte afectada deberá ser quien pruebe la existencia del daño moral padecido, salvo excepciones en las que el daño moral por incumplimiento del contrato pueda afectar a derechos personalísimos de la víctima del daño.

Esta diferencia en los grados de prueba exigidos en función de que el caso enjuiciado pueda ser calificado como responsabilidad extracontractual o contractual la encontramos reflejada en la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 27 de Marzo de 2001 (caso Kobelinsky, Federico Samuel y Otro C/ Banco Mercantil Argentino), y más concretamente en su punto 6.2.1 en el que se sostiene que “tanto un delito o cuasidelito, cuanto un incumplimiento contractual, pueden generar daños patrimoniales y morales en la víctima o en el contratante insatisfecho. La diferencia radica en: a) en los delitos y cuasidelitos -o en la mayoría de ellos, cuanto menos-, el daño moral se presenta como “evidente” y, por tanto, exento de prueba; así, es del todo evidente que la pérdida de un hijo de un accidente de tránsito daña moralmente a sus padres, b) en el incumplimiento contractual, el daño moral no se presenta de igual modo evidente, de modo que el contratante ofendido por el incumplimiento debiera invocar y probar la existencia de ese daño”<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Art. 520 CC Argentino: “En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”.

<sup>132</sup> Art. 521 CC Argentino: “Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas. En este caso, no será aplicable el tope porcentual previsto en el último párrafo del artículo 505”.

<sup>133</sup> URBANO SALERNO, M., A. R. LAGOMARSINO, C. (2000), *Código Civil Argentino y Legislación Complementaria*, Heliasta, Viamonte, p. 236, “[e]n materia de incumplimiento de un contrato, si el deudor incurre en dolo obligacional, debe satisfacer una indemnización que comprenderá, además de las consecuencias inmediatas y necesarias, las consecuencias mediatas. En esa hipótesis, a pedido de parte interesada, el incumplimiento también podrá ser condenado a resarcir el daño moral que hubiere causado, lo cual es facultativo para el magistrado interviniente”; en la misma línea, VARIZAT, A. F. (2010), “Aspectos actuales del principio de la reparación integral y la extensión del resarcimiento en el incumplimiento contractual”, *Cuaderno de Obligaciones*, N° 4, daños en el incumplimiento obligacional, pp. 103 y 104, “[l]a regulación de la extensión del resarcimiento en el incumplimiento contractual, obligacional o de las obligaciones convencionales, se halla regulada en los arts. 519 a 522 de dicho cuerpo legal. De allí surge que si el incumplimiento es por culpa la obligación de resarcir se limita a los daños que sean consecuencia “inmediata y necesaria” del mismo (art. 520, C.C.), mientras que si el incumplimiento es por dolo o malicioso el deber de resarcir se extiende asimismo a las consecuencias “mediatas” (art. 521, C.C.)”.

<sup>134</sup> Con un contenido similar: Acuerdo de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, 26 de Septiembre de 2011 (caso ORTIZ, Silvana contra BANCO BOSTON N.A. sobre Daños y perjuicios – Sumarísimo), apartado 2. C.: “En lo concerniente al resarcimiento reclamado, es criterio de esta Sala que, si bien en la órbita de la responsabilidad contractual la prueba del daño moral generalmente pesa sobre

Tras haber analizado los requisitos generales que exige la jurisprudencia argentina para el resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato, podemos sostener que los tribunales de este país más que centrarse en que se cumpla lo recogido en el texto de los artículos 520 y 521 del Código Civil que, tal y como hemos visto, defiende parte de la doctrina, entra a valorar las circunstancias propias de cada caso concreto, hecho éste que inevitablemente nos recuerda a la jurisprudencia española, pues como veremos en capítulos posteriores, los tribunales españoles, generalmente, optan por valorar la existencia de daño moral de forma particular en cada situación enjuiciada, en lugar de hacer una aplicación estricta de los límites contemplados en el artículo 1107 del Código Civil español.

Seguidamente, debemos entrar a valorar el tratamiento que la jurisprudencia argentina otorga al daño moral ocasionado por retraso de transporte aéreo que, a nuestro entender, merece una mención especial.

En este grupo de casos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la compatibilidad de las indemnizaciones por daño moral con el artículo 22 del Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, ultimado el 12 de octubre de 1929, aunque en dicho artículo no se realice mención alguna a los daños extrapatrimoniales<sup>135</sup>.

En este sentido, puede ser citado el punto XV del Dictamen n° 1. 87. XXXIV de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de diciembre de 1998, donde se expone: “Finalmente, atento a lo expresado en el considerando XIII de este dictamen, no corresponde tratar, por resultar prematuro, los agravios de las partes referidos al peso de la carga (a considerar para fijar el límite de responsabilidad del transportista), los argumentos relativos al daño moral, así como los relacionados con intereses y las costas; ello sin perjuicio de señalar que la cuestión vinculada a los mismos, no se halla supeditada a la inteligencia asignable a las disposiciones de la Convención de Varsovia de 1929, ley 14.111, modificada por el Protocolo de La Haya de 1955, ley 17.386, sino que depende especialmente de una cuestión

---

quien se considera damnificado, debe hacerse la salvedad de supuestos muy excepcionales en los que la presunción podría resultar del incumplimiento mismo, por ejemplo, en casos donde se afecten directamente derechos personalísimos, en los que cabe inferir el daño moral *in re ipsa* (v. Ac. N° 57 del 05.09.2002, autos “Capucci c. Galavisión VCC S.A.”; Ac. N° 319 del 09.06.2006, autos “Enrique c. Fata Seguros S.A.”).

<sup>135</sup> ROMUALDI, E. E. (2009), “Contrato de transporte aéreo, la responsabilidad contractual y el resarcimiento del daño”, *Revista científica Equipo Federal del Trabajo*, N° 50, (<http://vlex.com>), pp. 22 Y 23, “la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que tanto las sumas correspondientes al resarcimiento del daño patrimonial como del extrapatrimonial estaban alcanzadas por el límite de responsabilidad del art. 22 de la Convención de Varsovia. No obstante, una vez más, cada competencia territorial establecerá la solución conforme a las disposiciones locales y los patrones morales y culturales de cada país”.

fáctica y de derecho común, propia de los jueces de la causa y ajena, en principio, a la vía prevista en el art. 14 de la Ley 48”<sup>136</sup>.

Como puede verse, la interpretación que del artículo 22 de la Convención de Varsovia realizó la Corte Superior de Justicia de la Nación con respecto a la indemnización del daño moral, guarda gran paralelismo a la interpretación que ha realizado tanto el Tribunal Supremo español como el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre el encaje del daño moral en supuestos de retraso aéreo que se encuentran bajo la regulación del artículo 12 del Reglamento (CE) N° 261/2004 y que analizaremos en profundidad en el capítulo correspondiente.

Consideramos que esta interpretación de la Convención de Varsovia es positiva pues responde a la necesidad de resarcir el daño moral en los supuestos de retraso aéreo y de pérdidas de equipaje, siendo además ésta una interpretación que podría extrapolarse a los diferentes países firmantes tanto de la convención de Varsovia como de la Convención de Montreal, ya que este análisis únicamente recoge la posibilidad de resarcir estos daños, debiendo ser estudiada la indemnización del daño moral conforme a la legislación y/o jurisprudencia del Estado donde se enjuiciasen las consecuencias del retraso aéreo o de la pérdida de equipaje producida. Es decir, entendemos que no sería necesario ningún tipo de cambio normativo en los Estados firmantes para aplicar esta línea jurisprudencial.

### 2.2.2.3 Paraguay

El Código Civil paraguayo establece en su artículo 451 que “[c]uando la obligación no cumplida proviniere de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias”.

Como puede verse, el artículo 451 opta por el mismo sistema del artículo 522 del Código Civil argentino, es decir, recoge el daño moral así como la facultad del juez para valorar su existencia y su resarcimiento en cada caso concreto<sup>137</sup>, facultad ésta que se encuentra

---

<sup>136</sup> Sobre la compatibilidad de la indemnización del daño moral con la Convención de Varsovia de 1929, puede ser citado el punto 8 de la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil y comercial federal, 25 de marzo de 2010 (caso noia lucas damián y otro c/ lan airlines sa s/ daños y perjuicios): “Puesto que la finalidad del resarcimiento del daño moral es, en el sub-lite, proporcionar a los pasajeros el goce compensatorio de otros bienes con aptitud para reconfortar el espíritu mortificado, pero sin incurrir en un enriquecimiento injustificado del acreedor, considero justo -en atención a que sólo ha sido apelado por exiguo- confirmar la indemnización fijada en la sentencia de primera instancia para resarcir el daño sufrido, que comprende la angustia sufrida por los actores por la demora del vuelo y la pérdida de los equipajes”.

<sup>137</sup> MOISSET DE ESPANÉS, L. (2001), “La obligación y sus elementos esenciales en el Código Civil paraguayo de 1986”, *Anuario de Derecho Civil*, número LIV-4, octubre 2001, p. 1395, “[s]e advierte una tendencia a reprimir el ejercicio antisocial o abusivo de los derechos (art. 372 del nuevo Código), y también a admitir con amplitud la reparación del daño moral, es decir, hechos que no producen menoscabo en los bienes o patrimonio económico, sino en valores espirituales dignos de tutela. En el Código de Vélez la reparación del daño moral se reducía a los casos en que hubiese mediado un delito del derecho criminal; el



reforzada por el artículo 452 del propio Código Civil paraguayo, donde se establece que “[c]uando hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada por el juez”.

Y de manera similar a lo defendido por parte de la doctrina argentina, esta facultad de valoración del daño otorgada al juez nacional por el Código Civil paraguayo ha sido cuestionada por algunos autores como RODRÍGUEZ ALCALÁ quien mantiene que este artículo puede dar lugar a una arbitrariedad judicial que implique que la estimación de estos daños sea resuelta por los tribunales conforme a criterios no racionales<sup>138</sup>.

---

nuevo Código, en cambio, la admite con amplitud en el campo de las relaciones obligatorias, expresando en el artículo 451”; BAJAC ALBERTINI, M. O. (2008), “Consideraciones sobre el daño, con énfasis en el daño moral”, en NÚÑEZ RODRÍGUEZ, V. M. (director), *Responsabilidad civil daños y perjuicios. Doctrina nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*, Division de investigacion, legislacion y publicaciones centro internacional de estudios judicial, Asunción, p. 22, “[e]ste daño se erigió como el único rubro constitutivo de los perjuicios inmateriales, ya que con anterioridad a su reconocimiento se pregonaba una serie de frases tales como que “las lágrimas no se monedean”, o “el daño moral no es indemnizable porque el dolor no se tarifa ni se paga”, para significar que no era posible realizar un cálculo económico de la congoja sufrida con ocasión del daño percibido. Se puede definir como el dolor, la congoja, la aflicción, el sufrimiento que produce el fallecimiento de una persona a sus parientes, o el que sufre la propia víctima como consecuencia de las lesiones sufridas. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones modernas, en concordancia con el criterio sustentado por ilustres tratadistas, establecieron la procedencia de su reparación civil. En tal sentido, han sido determinadas las características del daño moral a través de diferentes apuntes jurisprudenciales”.

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ ALCALÁ, R. M. (2008), “Contribución en 9 movimientos al estudio de la culpa en el Código Civil Paraguayo”, en NÚÑEZ RODRÍGUEZ, V. M. (director), *Responsabilidad civil daños y perjuicios. Doctrina nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*, Division de investigacion, legislacion y publicaciones centro internacional de estudios judicial, Asunción, p. 154, “[l]a conclusión es, entonces, que el derecho de responsabilidad civil es eminentemente judicial. Hecha esta observación, sin embargo, debe decirse inmediatamente que ello supone, por un lado, una gran ventaja, pero también un grave peligro que no debe ser descuidado. La ventaja: es bien evidente y ya ha sido apuntada más arriba; un sistema construido de esta forma posee una gran flexibilidad y capacidad de adaptación a distintos cambios sociales, pero también a diferentes situaciones fácticas. El hecho que el sistema no esté construido sobre una “camisa de fuerza” jurídica, permite que los jueces lleguen a soluciones lo suficientemente elásticas pero sin necesidad de escindirse abiertamente del ámbito legal. En apariencia, la noción de la culpa permite la realización de la más radical forma de justicia, la que concilie debidamente los intereses en pugna en el caso concreto. El peligro: que supone tan abierta y elástica concepción debe resultar, sin necesidad de mayor esfuerzo, igualmente evidente. El concepto elástico de la culpa abre un enorme hueco para la arbitrariedad judicial, para que los jueces se vean tentados a utilizar libremente ese concepto vago para resolver casos según su opinión o capricho personal, es decir, en base a criterios no-racionales”; defendiendo esta misma idea encontramos a CASTIGLIONI, C. A. (2008), “La pérdida de chance y su aplicación en el derecho paraguayo”, en NÚÑEZ RODRÍGUEZ, V. M. (director), *Responsabilidad civil daños y perjuicios. Doctrina nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*, Division de investigacion, legislacion y publicaciones centro internacional de estudios judicial, Asunción, p. 79, “[l]o planteado en este trabajo es que no puede prescindirse de la prueba pericial aunque sea para decir que no puede calcularse con certeza pero, en cualquier caso, el juez no puede suplir esta prueba, aún cuando después aplique la equidad por no haber suficiente elementos. Esto último por aplicación del Art. 452 del Código Civil, en cuya virtud se le otorga al juez la posibilidad de apreciar el monto del daño, pero solo cuando no fuere posible determinar su monto. Esto último refuerza la tesis de que debe agotarse la prueba de pericia para justificar la posibilidad de que el juez la realice”.

Igualmente, como otra parte de la doctrina argentina, encontramos autores paraguayos que sostienen que únicamente podemos hablar de aquellos daños morales que resulten de las consecuencias inmediatas y derivadas del incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea doloso, tal y como se recoge en el artículo 425<sup>139</sup> del Código Civil de Paraguay<sup>140</sup>.

Por lo tanto, en el derecho paraguayo, tal y como expone INGLÉS, “[e]l contrato es un acto jurídico bilateral y patrimonial; en consecuencia, su incumplimiento ocasiona como resultado natural, un perjuicio material. No obstante, también se sostiene como hecho indiscutible que un incumplimiento de esta naturaleza pueda causar un daño moral que cause un malestar, un desasosiego que altere el bienestar moral del que contrató de buena fe”<sup>141</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, podemos comenzar indicando que, como contempla el propio Código Civil, los tribunales entienden que el reconocimiento y evaluación del daño moral debe regirse por el criterio subjetivo que posea el órgano judicial competente, indicándose por la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, de 11 de junio de 2011, Sala Quinta, en su apartado daños y perjuicios, daño moral, que “[p]ara fijar el quantum indemnizatorio debe atenderse a la naturaleza y gravedad de la cuestión, las afecciones provocadas, su entidad y extensión, siempre considerando las condiciones personales de la víctima a través de un criterio de valor subjetivo, encauzado por una sana valoración se debe concluir con una reparación en dinero que resultara insuficiente en relación a los valores lesionados o cercenados, pero al no existir otro medio dentro de las humanas posibilidades, la justicia debe materializar en dinero el resarcimiento, que cumple una función de satisfacción frente al sufrimiento”<sup>142</sup>.

Y sobre el daño moral contractual, podemos sostener que la jurisprudencia paraguaya reconoce éste especialmente en aquellos contratos que tuvieran como principal objeto proporcionar un disfrute a la parte que ha padecido el incumplimiento del mismo, siendo

---

<sup>139</sup> Art. 425 C.C. Paraguay: “Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas”.

<sup>140</sup> TORRES KIRMSER, J. R. (2008), “La responsabilidad civil: Una materia en constante evolución. La responsabilidad sin culpa”, en NÚÑEZ RODRÍGUEZ, V. M. (director), *Responsabilidad civil daños y perjuicios. Doctrina nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*, División de investigación, legislación y publicaciones centro internacional de estudios judicial, Asunción, p. 38, “[e]n cuanto a la extensión del resarcimiento, si el incumplimiento es contractual y culposo, la reparación de los daños e intereses alcanza solo como regla a las consecuencias inmediatas y necesarias (Art. 425 Código Civil). Si la inexecución de las obligaciones resulta del dolo del deudor -malicia, intención deliberada de dañar-, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas”.

<sup>141</sup> INGLÉS, R. (2010), “El daño moral”, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, N° 56 (<http://vlex.com>), p. 10.

<sup>142</sup> En sentido similar: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, de 10 de junio de 2011, Sala Primera, apartado Daños y Perjuicios. Daño moral: “En lo que hace al daño moral, su resarcimiento en dicho concepto según se tiene afirmado en votos anteriores, no requiere prueba fehaciente y se asienta en los dolores y padecimientos íntimos sufridos en este caso por la accionante, como consecuencia del hecho dañoso”.

un claro ejemplo de ello el contenido del apartado daños y perjuicios, daño moral, de la Sentencia del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de 4 de febrero de 2010, donde se contempla que “[e]n casos particulares, donde el interés de la vinculación radica precisamente en no ser vulnerado en tales aspectos, debe si considerarse el daño moral. Esto ocurre de ordinario en los contratos de disfrute o vinculados al disfrute, en el caso, una prestación de servicios de mecánica que derivó en el fracaso de un viaje vacacional, y en una serie de incomodidades y frustraciones consiguientes. Este daño debe verse como congruente con el curso natural de las cosas y por ende sujeto a indemnización”<sup>143</sup>.

Podemos concluir sosteniendo que el artículo 451 del actual Código Civil de Paraguay ha permitido el resarcimiento del daño moral contractual por parte de los tribunales de este país, aunque al igual que en Argentina, los requisitos para la estimación y resarcimiento de tales daños dependerán integralmente del buen criterio del tribunal competente, lo que consecuentemente se traduce en que sea la jurisprudencia y no el Código Civil quien realmente fije los requisitos para poder admitir una indemnización por daño moral por incumplimiento del contrato en cada caso concreto que sea juzgado.

#### 2.2.2.4 Cuba

El Código Civil cubano establece en su artículo 294 que “[l]as normas relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos se aplican, en lo pertinente, en los casos de incumplimiento de las obligaciones”<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Como otros ejemplos de la admisión del daño moral contractual, podemos mencionar: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, de 8 de octubre de 2010, apartado daños y perjuicios, daño moral: “Creemos procedente el rubro de daño moral y acertado el monto, habida cuenta que la accionante perdió la posibilidad de disfrutar el tiempo previsto para sus vacaciones en compañía de su hija, con la frustración lógica que este hecho puede generar”; Sentencia del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de 14 de junio de 2010, apartado daños y perjuicios, daño moral: “Con ello no decimos que la indemnización de daños morales debe quedar excluida por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual”; Sentencia del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de 19 de mayo de 2011, apartado seguro, provocación del siniestro, prueba de testigo: “Referente al daño moral sostiene que están dados los elementos necesarios como para hacer viable su procedencia, atendiendo al trato humillante a que fuera sometido su mandante por la compañía de seguros que se negara a cumplir con lo pactado en el contrato respectivo”.

<sup>144</sup> PÉREZ GALLARDO, L. B. (2007), “Breves notas sobre el Código Civil cubano a propósito de los veinte años de su promulgación. Especial referencia al derecho de obligaciones y contratos”, *Revista Cubana de Derecho*, n° 30, diciembre de 2007, p. 119, “[l]a ejemplaridad del artículo 294 que unifica las reglas sobre responsabilidad civil aquiliana y contractual que se convierten en dos campos del Derecho cada uno con sus problemas particulares, pero sometidos a las mismas reglas, siguiendo así los movimientos más recientes en el orden doctrinal, jurisprudencial y legislativo”; DELGADO VERGARA, T. (2009), “Algunos apuntes a propósito de la unificación de la responsabilidad civil”, *Revista Cubana de Derecho*, n° 34, julio 2009, p. 44, “[e]l artículo 294, pretende acertadamente aproximar ambos regímenes de responsabilidad civil, sin que ello signifique una unificación absoluta de la responsabilidad contractual y la extracontractual”; SÁNCHEZ GUEVARA, S. (2012), *La responsabilidad jurídica civil del notario en Cuba. Fundamentos legales y doctrinales para su exigencia*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, p. 33, “[e]l Código Civil cubano vigente, por su parte, ha consagrado una norma que trata de conciliar las diferencias de regímenes entre una y otra clase de responsabilidad, para que en cualquier caso tenga el perjudicado,

Asimismo, en la regulación de la responsabilidad de los actos ilícitos que posee este Código Civil, su artículo 83 indica que “[e]l resarcimiento de la responsabilidad civil comprende: a) La restitución del bien; b) la reparación del daño material; c) la indemnización del perjuicio; y ch) la reparación del daño moral”.

Por lo tanto, de la interpretación conjunta de los artículos 294 y 83, podemos afirmar con total seguridad que el Código Civil cubano recoge de forma expresa el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de contrato<sup>145</sup>.

Los artículos citados únicamente se han limitado a reafirmar el resarcimiento del daño moral en Cuba, que ya era admitido con anterioridad a la promulgación de su Código Civil actual como contemplaba MARTÍNEZ ESCOBAR<sup>146</sup>, es decir, cuando el Código vigente en Cuba era el Código Civil español<sup>147</sup>.

Esta unión de la responsabilidad extracontractual y contractual que realiza el Código Civil cubano vigente posibilita que acudamos al artículo 88 de éste, donde se establece que “[l]a reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor”<sup>148</sup>.

---

ya sea acreedor contractual o víctima extracontractual, la posibilidad de contar, en lo pertinente, con iguales garantías y la misma extensión en cuanto al contenido de la reclamación. Esta ha sido la tendencia del legislador cubano, quien mediante la remisión preceptuada en el artículo 294 del Código Civil, consagra la conciliación de regímenes de una y otra clase de responsabilidad en aquello que resulte pertinente, teniendo en cuenta que ambas son el resultado de un evento dañoso, pero manteniendo las diferencias accesorias existentes entre las mismas que permitan un adecuado tratamiento práctico de ambas”.

<sup>145</sup> VALDÉS DÍAZ, C., FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M., RAMÍREZ PASTOR, Y. (1998), “Propiedad, patrimonio y derecho de autor”, *Revista Cubana de Derecho*, n° 12, diciembre 1998, p. 152, “el propio Código, –aunque no con la extensión y profundidad que debiera–, se encarga de regular más adelante cuando preceptúa la defensa de los derechos inherentes a la personalidad y la responsabilidad jurídica civil derivada de la producción de un daño moral”.

<sup>146</sup> MARTÍNEZ ESCOBAR, M. (1938), *Obligaciones y contratos*, Cultural S.A., La Habana, p. 501, “[n]o hay razón alguna, ni legal ni de otro orden, para excluir del derecho a la indemnización a los daños morales, tan respetables o más que los materiales”.

<sup>147</sup> CLAVIJO AGUILERA, F. (1991), “El nuevo Código Civil de Cuba: Recuento y reflexiones”, *Revista Cubana de Derecho*, n° 4, diciembre de 1991, p. 33, “[p]isándole los talones al siglo de vigencia en Cuba – desde el 5 de noviembre de 1889 – del Código Civil español, la Asamblea Nacional del Poder Popular, mediante su Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, lo derogó y aprobó el nuevo Código Civil para Cuba socialista”.

<sup>148</sup> VEGA CARDONA, R. J., ORDELÍN FONT, J. L. (2012), “Presupuestos para la determinación del *quantum* indemnizatorio del daño moral en Cuba. Perspectivas para una reforma”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, volumen I, número 8, p. 296: “El artículo 88 del mencionado cuerpo legal, donde se regula la forma en que puede hacerse efectiva la satisfacción del daño moral, en este caso, a través de la retractación del ofensor. Sin que se desarrolle otro elemento o argumento en relación a esta figura jurídica, que de forma dispositiva encuadre su contenido. No se determina incluso, que se entiende por daño moral”.

Un primer análisis del artículo 88 puede suponer que se concluya que en Cuba no cabe el resarcimiento pecuniario del daño moral, sino únicamente la retractación pública del ofensor. No obstante, la doctrina mayoritaria entiende que la retractación pública del ofensor es sólo un medio de reparación del daño moral, no el único camino para conseguirlo, por lo que el artículo 88 no debe ser interpretado como una limitación al resarcimiento pecuniario del daño moral. Ejemplo de ello son VEGA CARDONA y ORDELÍN FONT quienes interpretan que la creciente tendencia de la aceptación del resarcimiento pecuniario del daño moral implica que sea necesario una reforma de este artículo que permita establecer una serie de pautas dirigidas a facilitar la indemnización monetaria de estos daños que quedará al criterio del juez correspondiente<sup>149</sup>.

En cuanto a la aplicación que del artículo 88 realiza la jurisprudencia, podemos indicar que es posible encontrar sentencias que interpretan el texto de este artículo como la única vía de indemnización posible del daño moral<sup>150</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha optado por abrir la vía de la indemnización pecuniaria al indicar en el Primer Considerando de su Sentencia de 9 de noviembre de 2002

---

<sup>149</sup> VEGA CARDONA, R. J., ORDELÍN FONT, J. L. (2012), pp. 298 y 299, “[e]l artículo 88 del Código Civil cubano solo comprende como reparación del daño moral, la retractación pública del ofensor, sin embargo debido a la creciente tendencia de aceptación de su indemnización monetaria, concluimos que se hacen necesarios nuevos conceptos que permitan fijar pautas que tiendan a establecer los criterios sobre los cuales deberá establecerse el monto indemnizatorio del daño moral en Cuba, que quedará a criterio del juez actuante bajo los presupuestos expuestos en este artículo”; en el mismo sentido, DOMÍNGUEZ SUÁREZ, I., GARCIA BUENO, D. (2004), “Breve análisis del daño moral en la legislación laboral cubana vigente”, *Revista Cubana del Tribunal Supremo Popular*, n. 2, año 2, junio de 2004, p. 18, “[l]o más importante en cuanto al daño moral respecta, es la reparación que de ello pueda ofrecérsele a la víctima, bien por la vía de una compensación económica o bien mediante la retractación pública del ofensor al ofendido, sin ser esta última la única forma de verificar la realización de dicha reparación en la esfera personal”; RODRÍGUEZ CORRÍA, R. (2005), “La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral”, *Vniversitas*, n.º 109, p. 243, “[l]a reparación del daño moral, producido por un acto ilícito, debe combinar la reparación in natura: retractación pública del ofensor, publicación de las sentencias de condena y el retiro o destrucción de los objetos a través de los cuales se produjo el daño, con la reparación pecuniaria que cumple funciones de compensación y de satisfacción, en tal sentido se impone una modificación de las normas que regulan la reparación del daño moral en el Código Civil cubano”.

<sup>150</sup> A modo de ejemplo: Considerando trigésimo cuarto de la Sentencia de 2 de noviembre de 1999, de la Sala segunda de lo Civil y Administrativo: “En lo que se refiere a la indemnización del daño moral, el Código Civil vigente, tal y como tantas veces se ha mencionado, lo ciñe exclusivamente a condenar al demandado a ofrecer una satisfacción a los ofendidos mediante su retractación pública”; Considerando trigésimo de la Sentencia de 2 de noviembre de 1999 del Tribunal Provincial de Ciudad de la Habana, Sala segunda de lo Civil y Administrativo: “La propia doctrina define el daño (*damnum emergens*) como la pérdida patrimonial que cualquier persona natural o jurídica experimenta por un acto ilícito, y el perjuicio (*lucrum cessans*) lo que ha dejado de percibir por el daño producido, pero el Código Civil distingue dos tipos de daños, a saber, el material que comprende el abono del valor del bien cuya restitución no es posible, o el menoscabo sufrido por éste, regulado en su artículo ochenta y cinco, y el moral, que comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor, tal y como se expresa en el artículo ochenta y ocho de la misma ley sustantiva”.

que “se debe partir del concepto de lo que constituye el daño moral, que no es otra cosa que la lesión de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal del sujeto de derecho, y que repercute de alguna manera en sus intereses de índole afectiva y emocional, así como para que este daño sea estimado con relevancia jurídica, debe producir un perjuicio, una pérdida o menoscabo y también debe incidir sobre un bien jurídico de la persona y ser susceptible de resarcimiento en concepto de responsabilidad civil”.

Aunque como es posible apreciar en la Sentencia citada, el Tribunal Supremo cubano permite el resarcimiento monetario del daño moral, consideramos que la regulación de la reparación del daño moral que recoge el artículo 88 del Código Civil es insuficiente.

No podemos entender el porqué de que el legislador cubano habiendo recogido el arrepentimiento público del causante del daño como medio de resarcimiento del mismo, no completó la labor legislativa incluyendo también la compensación pecuniaria de estos daños.

Más apropiado habría sido, a nuestro parecer, haber omitido el artículo 88, habiéndose limitado únicamente a contemplar la figura del daño moral contractual (tal y como vimos que ocurre en el Código Civil peruano) o haber optado por incluir el arrepentimiento público del ofendido como un factor a tener en cuenta para fijar el *quantum* indemnizatorio más que como un medio de indemnización en sí.

En cualquier caso, tal y como vimos que defendían VEGA CARDONA y ORDELÍN FONT, el Código Civil cubano precisa de una reforma de su artículo 88 o de un desarrollo legislativo de su texto que disipe cualquier duda jurisprudencial sobre la indemnización monetaria de los daños extrapatrimoniales.

Tras analizar el artículo 88 del Código Civil cubano, no podemos dar por finalizado este apartado sin antes señalar que nos parece cuanto menos llamativo que en un Estado en el que se encontraba vigente el Código Civil español, en la redacción de su Código Civil actual se haya incluido de forma expresa la reparación del daño moral en lugar de haberse optado por omitir cualquier referencia a los daños extrapatrimoniales, tal y como sucede en el articulado de nuestro Código.

Pensamos que la opción elegida por el codificador cubano de recoger el resarcimiento del daño moral, a excepción de la redacción de su artículo 88, podría ser una de las muchas opciones posibles de evolución del Código Civil español en lo que a la reparación de estos daños se refiere.

#### **2.2.2.5 México**

El artículo 1916 del Código Civil mexicano expone que “[p]or daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de

sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código. La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original. Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos: I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien; II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa; III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona. La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo. La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo”.

Lo primero que nos resulta llamativo tras la lectura del artículo 1916 es la gran extensión de su texto. Esta amplia regulación del daño moral, que no hemos encontrado en ninguno de los ordenamientos jurídicos analizados en este capítulo, nos lleva a preguntarnos el porqué de que el legislador mexicano optase por esta opción, que si bien entendemos no supone un límite a la labor juzgadora de los tribunales de México ya que la estimación de la existencia de daño moral continuará dependiendo del criterio del juzgador competente en cada caso

concreto, si que supone el asentamiento de toda una serie de bases y requisitos que deben ser aplicados por los tribunales a la hora de enjuiciar la existencia de daño extrapatrimonial.

Seguidamente, el artículo 1916 Bis del Código establece que “[n]o estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta. En ningún caso se considerarán ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. Tampoco se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo”.

Como podemos ver, por un lado, el artículo 1916 además de contemplar el resarcimiento del daño moral en su vertiente contractual recoge:

1º) Una definición de lo que debe entenderse por daño moral, así como una presunción de la existencia del mismo cuando se den una serie de factores (vulneración o menoscabo ilegítimo de la libertad o la integridad física o psíquica de las personas).

2º) La obligación de que se proporcione una indemnización pecuniaria de estos daños.

3º) La autonomía del daño moral, al indicar el texto del artículo que el daño moral deberá ser resarcido con independencia de la existencia de daño material<sup>151</sup>.

4º) Se contempla que el Estado pueda ser autor de la comisión de daños extrapatrimoniales.

---

<sup>151</sup> LÓPEZ MONROY, J. J. (1993), “Comentario al art. 1916 CC de México”, en PORRÚA, M. Á. (librero-editor), *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Texto Comentado*, Libro cuarto-primera parte de las obligaciones, tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 70, “[l]a indemnización por daño moral procede con independencia de que se haya causado daño material; el legislador en este artículo la extiende tanto a la responsabilidad extracontractual como a la responsabilidad contractual y aun cuando el texto original del CC 1928, exime su procedencia en los casos de responsabilidad objetiva y de responsabilidad por parte del Estado, el texto actual del artículo que comentamos (reformas del DO, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos) la extiende tanto a los casos de responsabilidad objetiva como de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios”; RUIZ BALCÁZAR, M. V. (2008), “El precio del honor”, *Revista Letras Jurídicas*, n° 18, julio 2008, p. 14, “[a]sí también y aun cuando originalmente el Código Napoleónico, en el cual se funda nuestro Código Civil Federal, la responsabilidad extracontractual o subjetiva al igual que la contractual están fundadas en la idea de culpa no puede negarse el avance de la teoría de la responsabilidad civil al abandonar la idea de la culpa y reconocer que el daño moral debe ser reparado con independencia del daño material, centrando la atención en la víctima y no en la búsqueda de culpables”.



5º) Se prohíbe la transmisión de la acción de reclamación del daño moral a terceros, admitiéndose únicamente la transmisión *mortis causa* cuando el titular de la misma la hubiera iniciado en vida.

6º) Se indica que será el juez quien fije la indemnización que corresponda por daño moral, debiéndose tener en cuenta para ello los siguientes elementos: los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso<sup>152</sup>.

7º) Cuando el daño moral hubiera afectado a la víctima en su decoro u honor se impone la publicación de la Sentencia como medida complementaria a la indemnización pecuniaria.

8º) Por último, se enumera una relación de hechos ilícitos que constituyen daño moral y una limitación a la estimación de estos daños en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.

Por otro lado, el artículo 1916 Bis, en lo que a este trabajo interesa, establece que el daño moral tanto en su vertiente contractual como extracontractual tendrá que ser probado por la parte que reclama su resarcimiento<sup>153</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia mexicana, podemos afirmar que admite el resarcimiento del daño moral tanto en su vertiente extracontractual como contractual, como entendemos no podría ser de otro modo, ya que es evidente que los artículos 1916 y 1916 bis no permiten duda alguna sobre el resarcimiento del daño moral y los medios para llevarlo a cabo, siendo un claro ejemplo de ello el Considerando quinto de la Ejecutoria num. 1.30.C./71 (9a.) de los Tribunales Colegiados de Circuito de 8 de octubre de 2009, en donde se establece que “[e]l Código Civil para el Distrito Federal contempla un sistema de responsabilidad civil que abarca la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. La primera de ellas supone la transgresión de un deber de conducta

---

<sup>152</sup> DÍEZ SCHWERTER, J. L. (2006), p. 360, “[e]n el caso de México su Código Civil establece expresamente que al fijar el monto de la indemnización por daño moral debe considerarse el grado de responsabilidad”; GARCÍA-SAIS, F. (2007), “Las penas con pan son menos: el daño moral”, *Revista el mundo del abogado*, n° 96, abril 2007, p.23, “[l]a cantidad, el cuanto que el ofendido debe recibir para tratar de compensar el daño moral infringido no es una tarea sencilla para los juzgadores, sobre todo ante la falta de un objeto material dañado (de fácil apreciación económica)”.

<sup>153</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, L. E. (2010), “El daño moral en México ¿una evolución real?”, *Themis*, n° 4, febrero 2010, p. 7, “[e]n el año 2000, el Código Civil sufre otra reforma y se adiciona el artículo 1916 bis, que acota simplemente el campo de ejercicio de dicha acción”; SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, J. R., SÁNCHEZ MEDAL, J. I., SALANUEVA BRITO, L. A. (2010), “El daño moral y el perjuicio moral”, *Revista el mundo del abogado*, n° 132, abril 2010, p. 51: “Hay que hacer notar que para litigar este tipo de asuntos de daño moral se requiere un gran esfuerzo técnico, puesto que la acreditación de los elementos de esta figura, como la conducta ilícita, el daño y/o perjuicio a los derechos de la personalidad, y la relación de causalidad entre ellos, requieren un estudio profundo, tanto práctico como teórico, ya sea tanto para una defensa prudente y responsable como para ejercer de manera seria y adecuada este tipo de acción”.

impuesto en un contrato; la segunda, también llamada aquilinada, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laeder*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás. Esta última, a su vez puede ser subjetiva si se funda exclusivamente en la culpa, y objetiva, cuando se produce con independencia de toda culpa, de manera que, en el primer caso, el sujeto activo realiza un hecho ilícito que causa un daño al sujeto pasivo, y en el segundo, obra lícitamente pero el daño se produce por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas, razón por la cual también se conoce a la responsabilidad objetiva como responsabilidad por el riesgo creado, misma que legalmente está prevista en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal. Un común denominador de ambos tipos de responsabilidad, según se deriva de las ideas y del texto legal anteriores, es el daño, entendido éste como toda lesión de un interés legítimo, y puede ser de carácter patrimonial, cuando implica el menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho, o moral, en el supuesto de que se afecten los bienes y derechos de la persona de carácter inmaterial, es decir, cuando se trate de una lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales, como el honor, los sentimientos y afecciones diversas”.

Asimismo, los tribunales mexicanos parecen no albergar duda alguna en la autonomía del daño moral y en la independencia que el resarcimiento de éste debe presentar en relación a un posible resarcimiento de daños patrimoniales padecido en el mismo caso enjuiciado, siendo muestra de ello la Tesis aislada num. 1a. XXVI/2011 de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, de 1 de febrero de 2011, donde se expone que “[c]uando se advierta que mediante la instauración de un juicio se persigue como fin sustancial la compensación por el daño moral sufrido por la actora, debe considerarse que la acción entablada es de carácter civil, porque su objeto es la compensación por la afectación de bienes inmateriales derivada de la responsabilidad civil y, por tanto, su tramitación judicial debe seguirse por la vía ordinaria civil. Lo anterior, a pesar de que los hechos en los que se funda la demanda puedan catalogarse como hechos o actos jurídicos relacionados con la celebración de un contrato mercantil, pues las acciones que eventualmente puedan surgir de éste, además de caracterizarse por la especulación lucrativa propia de los actos de comercio, tendrán por objeto la rescisión, cumplimiento o interpretación del contrato y, en su caso, la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios de carácter patrimonial, ya que dichas acciones son distintas, por su objeto, a la acción compensatoria del daño moral”.

Y, más concretamente, en lo que a los requisitos para la estimación del daño moral se refiere, la jurisprudencia mexicana exige que quien padeció el daño sea capaz de demostrarlo y que el daño moral sufrido sea consecuencia de un hecho ilícito.

De esta forma, el Considerando quinto de la Ejecutoria num. i.5o.c. j/39, de los Tribunales Colegiados de Circuito, de 1 de enero de 1995, indica que “[d]e conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que se

produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consiste en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, si no se demuestra que ésta produjo daño, o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria”<sup>154</sup>.

Tras toda la exposición que hemos realizado sobre la regulación del daño moral que presentan tanto el Código Civil como la jurisprudencia de México, podemos concluir que los artículos 1916 y 1916 Bis del Código Civil mexicano comprenden la regulación del daño moral más extensa y completa de todos los Códigos Civiles analizados en el presente capítulo, tanto en su vertiente contractual como en su vertiente extracontractual, ya que el Código Civil mexicano no se limita solamente a recoger la posibilidad de resarcir el daño moral por incumplimiento de contrato, sino que contempla el carácter autónomo de éste y la obligación de resarcir estos daños mediante una indemnización pecuniaria y mediante la publicación de la sentencia cuando se hayan dado una serie de supuestos en la comisión del daño. Igualmente, se otorgan unos criterios mínimos de valoración del daño moral para los tribunales y se especifica que la carga de la prueba corresponderá a la víctima del daño.

La opción elegida por el legislador mexicano disipa cualquier duda sobre el resarcimiento pecuniario del daño moral por incumplimiento de contrato a la vez que mantiene la facultad de discreción de los jueces del país, consiguiendo, a nuestro parecer, mediante los criterios mínimos de valoración del daño moral contemplados en el artículo 1916 facilitar la función juzgadora de los tribunales mexicanos así como facilitar el obtener una mayor armonización en los criterios empleados para la valoración del daño moral entre los diferentes organismos judiciales, lo que entendemos, deriva a su vez en una situación de mayor seguridad jurídica en lo que a la estimación y resarcimiento del daño moral se refiere.

---

<sup>154</sup> En relación a la exigencia por los tribunales mexicanos de que la carga de la prueba del daño moral padecido corresponda a la víctima del mismo y que éste derive de un hecho ilícito, podemos citar las siguientes resoluciones judiciales: Tesis Aislada num. i.8o.c.9 c (10a.), Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito de 1 de febrero de 2013: “Aunque el artículo 1916 del Código Civil Federal no se refiere expresamente a la seguridad y confidencialidad como derechos de la personalidad; es procedente considerar que la institución bancaria que ofrece el servicio de alquiler de cajas de seguridad asume la obligación de velar por la seguridad y confidencialidad de su contenido, como parte de la vida privada de sus clientes. Por tanto, el incumplimiento al deber de vigilancia y resguardo de cajas de seguridad, implica la realización de un hecho ilícito, pues ante el robo de su contenido, se ve afectado el derecho de la víctima a su vida privada, donde cobra relevancia el resguardo a la secrecía de lo que se encuentra depositado, a fin de evitar intromisiones a su intimidad, dado que si se contrata una caja de seguridad tanto puede contener objetos, como documentos o información que no se quiere dar a conocer”; Ejecutoria num. 1A./J. 52/2009 de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, de 1 de julio de 2009, Considerando noveno: “Sólo cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el artículo 1,916 del citado código reconoce al perjudicado el derecho de reclamar una indemnización en dinero, con independencia de la responsabilidad proveniente de cualquier daño material causado paralelamente”.

### **2.3 Recapitulación y comparativa del tratamiento del daño moral contractual en los diferentes ordenamientos**

Una vez estudiada la regulación que presentan los diferentes ordenamientos tratados en este capítulo del daño moral resultante de un incumplimiento de contrato, conviene recapitular las similitudes y diferencias que tales regulaciones poseen.

La primera coincidencia que podemos resaltar entre todos los ordenamientos analizados, con independencia del país al que correspondan, es que existe una clara tendencia hacia la admisión del resarcimiento del daño moral contractual, ya sea mediante modificaciones legislativas o a través de una evolución de la jurisprudencia de estos Estados.

Un ejemplo de lo indicado lo encontramos en la evolución jurisprudencial ocurrida en Reino Unido y Estados Unidos, pasándose de un rechazo radical de los daños extrapatrimoniales por incumplimiento de contrato a una apertura progresiva hacia la admisión de estos daños.

Entendemos que esta tendencia hacia la aceptación de los daños extrapatrimoniales puede ser debida a múltiples factores aunque, en nuestra opinión, el principal aliciente es sin duda la necesidad social de que estos daños sean apreciados, evaluados y resarcidos, encontrándose una predisposición generalizada al reconocimiento de los daños no patrimoniales por parte de los tribunales en el incumplimiento de contratos cuyo principal objeto sea proporcionar un bienestar a la parte contratante, siendo el principal referente en estos casos los contratos relacionados con vacaciones o transporte aéreo.

Es más, a nivel europeo, el artículo 5 de la directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, ha sido un factor fundamental para conseguir una armonización en la apreciación del daño moral por retraso o pérdida de viaje, pues como hemos podido analizar a lo largo de este capítulo, este grupo de supuestos que engloban el daño moral por las vacaciones perdidas, ha sido uno de los principales motivos para que países como Reino Unido o Italia que presentaban una regulación realmente estricta de estos daños pudieran experimentar un aperturismo progresivo en sus resoluciones jurisprudenciales, lo que se ha visto reforzado posteriormente con las Sentencias de 6 de mayo de 2010 y de 13 de octubre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en donde, como veremos en el capítulo correspondiente, se admitió el resarcimiento del daño moral por pérdida de equipaje y por retraso aéreo, respectivamente.

Más concretamente, en el caso italiano, esta Directiva no ha sido solamente un incentivo más en el desarrollo interpretativo doctrinal y jurisprudencial del artículo 2059 del *Codice Civile*, sino que ha sido la responsable directa de la actual redacción del artículo 47 del *Codice del Turismo* que, como hemos visto, ha supuesto una nueva puerta para los tribunales italianos hacia la aceptación del daño moral por incumplimiento de contrato.

Incluso en el caso argentino los tribunales realizan una interpretación realmente similar sobre el Convenio de Varsovia a la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea ha efectuado sobre el Reglamento (CE) N° 261/2004 en lo que a la indemnización del daño moral contractual se refiere.

En cuanto al caso francés, se ha optado por una regulación general de los daños y por una posterior delimitación de lo recogido en el Código Civil a través de su jurisprudencia, de la que debemos resaltar que realiza una interpretación realmente flexible de los requisitos exigidos en el artículo 1150 del *Code Civil*, artículo cuyo contenido es similar al artículo 1107 de nuestro Código Civil.

Como podremos comprobar en los capítulos posteriores, el sistema jurídico que guarda mayores semejanzas con el resarcimiento del daño moral contractual en España es el francés, lo que parece perfectamente lógico, debido al origen histórico que, como es sabido, caracteriza a nuestro Código Civil.

Mención a parte merece el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de despido laboral, siendo éste en los ordenamientos europeos analizados, a excepción del francés, rechazado prácticamente en la totalidad de los supuestos tratados por los diferentes tribunales nacionales, hasta el punto de que en Reino Unido la Sentencia *Addis v. Gramophone Co. Ltd*, en la que se rechazó el daño moral en el ámbito laboral, fue la responsable de que en este país se asentara como precedente el rechazo a la estimación de los daños morales por incumplimiento del contrato.

Dejando a un lado Europa, sobre los Estados sudamericanos analizados, el aspecto más llamativo que debemos resaltar es que en todos ellos se ha optado por modificar su Código Civil haciendo referencia expresa al daño moral por incumplimiento del contrato.

Y este hecho, que en un principio podría parecer algo trivial, pues si lo comparamos con aquellos Estados en los que se aprecia el daño moral por incumplimiento de contrato pese a no recogerse en el Código Civil nacional, el simple reconocimiento de esta figura no aportaría nada nuevo ya que a efectos prácticos continuaría dependiendo exclusivamente del libre arbitrio y conocimiento de los jueces y tribunales, sin embargo, consideramos que es un claro exponente de lo que señalábamos al comienzo de este epígrafe, que existe una tendencia generalizada a la estimación y resarcimiento de estos daños.

Además, resulta llamativo que en estos Estados se haya optado, como mínimo, por el reconocimiento de esta figura, entre otros motivos por la influencia de la jurisprudencia europea, como en el caso de Perú donde la influencia del desarrollo jurisprudencial italiano ha sido crucial.

En cualquier caso, parece que la tendencia generalizada de todos los países estudiados (salvando las peculiaridades legislativas intrínsecas a los países del *common law*) es la de que el legislador permita que sean los jueces y tribunales quienes realmente tengan la

capacidad de discernir en cada caso concreto la pertinencia de apreciar el daño moral por incumplimiento del contrato, llegándose como máximo a delimitar mínimamente los criterios que deben imperar para reconocer y resarcir estos daños, como ocurre en el artículo 1916 del Código Civil mexicano (aunque la extensa redacción de este artículo no se limita únicamente a contemplar este tipo de indicaciones), criterios que en España no deberían resultarnos extraños, pues si bien nuestro Código Civil no menciona nada parecido, debemos recordar que el apartado 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, como analizaremos en el capítulo correspondiente, sí recoge este sistema.

No nos extrañaría que en un futuro puedan incluirse en algunos Códigos Civiles europeos este tipo de criterios de “orientación” jurisprudencial de valoración del daño moral que ya se encuentran recogidos en varios de los ordenamientos latinoamericanos analizados en el presente capítulo, pues podemos adelantar que algunos de los principales instrumentos de modernización del derecho privado europeo parecen apuntar en esta dirección, como por ejemplo el Borrador del Marco Común de Referencia, que, como analizaremos posteriormente con mayor profundidad, recoge en su artículo 3:701 las características generales que deben poseer estos daños, lo que, a nuestro entender, puede ser un indicativo de desarrollo legislativo europeo futuro.

Ahora bien, con independencia de la tendencia generalizadora que hemos mencionado, consideramos que los ordenamientos jurídicos analizados podrían agruparse de la siguiente forma:

-Estados en los que impera la regla general de no admisión del daño moral por incumplimiento del contrato: Reino Unido, Estados Unidos e Italia.

Entre los tribunales de Reino Unido y Estados Unidos continúa imperando la regla general de no admisión de los daños extrapatrimoniales derivados de un incumplimiento contractual, mientras que en Italia continúa existiendo un sistema legal restrictivo en relación al daño moral por incumplimiento del contrato debido a que el artículo 2059 del *Codice Civile* limita la indemnización de estos daños a los supuestos contemplados en la ley.

-Estados cuyos ordenamientos jurídicos establecen la necesidad de resarcir los daños sufridos sin realizar especificaciones sobre la naturaleza de los mismos: Francia.

El Código Civil francés recoge en su artículo 1147 el resarcimiento de los daños originados por el incumplimiento de una obligación sin hacer mención alguna a la naturaleza de los mismos, limitándose la obligación resarcitoria del deudor en el artículo 1150 a los daños contractuales que fueran previstos o hubieran podido preverse en el momento de la celebración del contrato, siempre y cuando no existiera dolo por su parte, siendo los tribunales los encargados de estimar la existencia de daños extrapatrimoniales en cada uno de los casos enjuiciados.

-Estados en los que el legislador ha optado por incluir una referencia en sus Códigos Civiles al daño moral contractual y, en todo caso, unas pautas generales a tener en cuenta por los tribunales al discernir la existencia o no de tales daños en cada caso enjuiciado: Perú, Argentina, Paraguay, Cuba, México.

La diferencia en la regulación de la figura del daño moral por incumplimiento del contrato entre los Códigos Civiles de estos países radica principalmente en el grado de desarrollo que se realiza de la misma.

En Perú y Cuba el legislador se ha limitado a mencionar la posible existencia del daño moral por incumplimiento del contrato, mientras que en los Códigos Civiles de Argentina, Paraguay, y México se contempla la facultad del tribunal de determinar en cada situación la existencia del daño moral.

Además, en Argentina y en México se recogen unas indicaciones generales con el propósito de facilitar y/o armonizar la labor de los tribunales en la estimación de los daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato aunque, como hemos manifestado en páginas anteriores, la regulación contenida en el Código Civil mexicano resalta por su extensión y por todos los aspectos que sobre la estimación y resarcimiento de este daño pretende extrapolar a los tribunales competentes.

La agrupación realizada nos permite a su vez concluir este capítulo indicando que es posible apreciar tres corrientes diferentes, a saber, la flexibilización de la regla general de no admisión del daño moral por incumplimiento del contrato en determinados supuestos; la aplicación del principio de reparación íntegra del daño padecido y, dentro de este principio, la posibilidad de que los tribunales estimen la existencia de daños extrapatrimoniales; y la modificación de los Códigos Civiles nacionales con el objeto de incluir en su articulado el resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato, pero sin eliminar el prudente arbitrio de los tribunales en cada caso enjuiciado, pues de ello dependerá finalmente la estimación y el resarcimiento de estos daños.

## **CAPÍTULO 3. REFERENCIAS LEGALES AL DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL**

### **3.1 Nota aclaratoria**

Antes de comenzar con el desarrollo de este capítulo, debemos indicar que, debido a la escasa regulación que presenta la figura del daño moral en nuestro ordenamiento jurídico, se ha considerado necesario analizar la misma aunque exceda del objeto de este trabajo.

Además, hemos entendido que era procedente ampliar el análisis realizado a aquella normativa que no haciendo una mención expresa a los daños extrapatrimoniales sí que tiene por objeto la regulación de todo un elenco de situaciones y hechos que podrían presentar algún tipo de relación con el padecimiento de daños de esta naturaleza.

Es por ello que, aunque el presente capítulo lleve por título referencias legales al daño moral en el Derecho positivo español, incorporará apartados en los que se estudiarán disposiciones que no contemplan el sufrimiento y/o resarcimiento de estos daños pero que sin su análisis no sería posible dilucidar si el texto de las mismas puede tener algún tipo de repercusión sobre la estimación que del daño moral pudieran realizar los diferentes tribunales en relación a aquellas situaciones objeto de regulación por parte de estas normas.

### **3.2 Daños al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: Ley Orgánica 1/1982**

Aunque las referencias expresas al daño moral en nuestro ordenamiento son escasas, podemos comenzar este epígrafe afirmando que es indiscutible que tanto la doctrina mayoritaria como nuestros tribunales admiten el reconocimiento y resarcimiento de los daños extrapatrimoniales<sup>155</sup>.

Una de las principales referencias al daño moral en el Derecho español la encontramos en los puntos 3 y 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982. Del contenido de estos puntos, además de la simple mención al daño moral cabe subrayar dos aspectos significativos:

---

<sup>155</sup> A modo de ejemplo, SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA PALOU, M. T (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, p. 102: "En el Derecho civil español vigente, la "reparación" del daño no se limita al resarcimiento de la víctima por la pérdida de bienes económicos, es decir, aquellos que tienen un valor de mercado –porque están en el comercio de los hombres–, así como por el lucro cesante; incluye, además y por ejemplo, la reparación del daño moral (que, por definición, no se refiere a daños causados a bienes y servicios que son objeto de tráfico en ningún mercado)".



Primero, la presunción de la existencia de daño moral por la presencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad personal y familiar o a la propia imagen de una persona<sup>156</sup>.

Y segundo, las indicaciones que otorga el artículo 9 para la valoración del daño moral producido, y que han sido resaltadas por MARTÍN CASALS al señalar que “[p]or primera vez se explicitan en un texto legal los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar el *quantum* indemnizatorio. A la tradicional *atención a las circunstancias del caso*, utilizada por la jurisprudencia anterior, se añade ahora un criterio nuevo y ajeno al concepto estricto de indemnización de daños, el de la *valoración del beneficio obtenido por el causante de la lesión*, y se destaca la *difusión o audiencia del medio* para valorar la gravedad de la lesión”<sup>157</sup>.

Sin duda, tanto la presunción de existencia de daño moral por intromisión ilegítima como los criterios otorgados para la valoración del *quantum* de estos daños son aspectos realmente llamativos, pues no encontraremos referencias similares en todo nuestro ordenamiento.

Quizás lo más parecido a las nociones que el juzgador recibe de la Ley Orgánica 1/1982 sean los artículos 112 y 113 del Código Penal en los que, por un lado, se indica que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, mientras que en el otro artículo se aclara que el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales no se limitará al afectado sino que se extenderá a familiares o a terceros.

---

<sup>156</sup> PÉREZ FUENTES, G. M. (2004), “Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España”, *Revista de derecho privado*, nueva época, año III, núm. 8, mayo-agosto de 2004, p. 139: “El artículo constituye una gran novedad pues en él se llega a presumir el propio daño, en un caso que va más allá de la responsabilidad objetiva; basta con acreditar la existencia de la intromisión ilegítima para que el perjudicado se dé por probado. Así, por ejemplo, la simple colocación de un dispositivo de grabación en una vivienda privada, aunque no se haya hecho uso alguno del mismo, permite la presunción del uso al juzgador, desde el momento en que dicha conducta es considerada por ley constitutiva de intromisión ilegítima”.

<sup>157</sup> MARTÍN CASALS, M. (1990), “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor”, en SALVADOR CODERCH, P. (director), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 388; de manera similar, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1990), “El derecho al honor en la evolución jurídica posterior al Código Civil”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 1559, “[e]l artículo 9.2 de la Ley de 5 de mayo de 1982 prevé la obligación derivada del ataque, intromisión ilegítima al derecho al honor, y ésta comprende –como hacía la anterior sentencia– la cesación del daño moral y la reparación del mismo. Como cesación del daño: medidas cautelares para prevenir o impedir intromisiones, medidas para poner fin a las mismas, réplica y difusión de la sentencia. Como reparación: el perjuicio se presume que se extiende al daño moral y se dan (en el art. 9.3) unas ambiguas reglas para su cuantificación, relativas a las circunstancias del caso, gravedad de la lesión, difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Se trata de una obligación que nace objetivamente, prescindiendo de la posible culpa o dolo del autor, sujeto pasivo, causante del daño moral. Es lo que, con errónea pero muy extendida terminología, se denomina responsabilidad objetiva. Si se produce la intromisión al derecho al honor, se deriva objetivamente la obligación de reparar, pues se presume el daño”.

Antes de valorar la presunción de daño moral que recoge la Ley Orgánica comentada, debemos detenernos en el concepto intromisión ilegítima ya que de éste dependerá que pueda efectuarse tal presunción.

El mismo cuerpo legal enumera en su artículo 7 los supuestos que constituyen una intromisión ilegítima, a saber: el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, etc.; la utilización de aparatos de escucha, y demás dispositivos; la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre; la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela; la captación, reproducción o publicación por cualquier procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos; la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga; la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor que lesionen la dignidad de otra persona; la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, y la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos.

Por lo tanto, cuando nos encontremos ante uno de los casos que hemos enumerado (salvo que se de una de las excepciones recogidas en el artículo 2.2 de la Ley<sup>158</sup>) podremos sostener que existe daño moral. Ahora bien, cabe cuestionar la naturaleza de esta presunción, es decir, debemos valorar si nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*, y si la misma es atribuible tanto a daños morales como daños patrimoniales.

Algunos autores parecen optar por pensar que la presunción del artículo 9.3 únicamente se encuentra referida a los daños morales por las dificultades de prueba que estos suponen, así como por clasificar esta presunción como *iuris tantum*, pues lo contrario supondría la imposibilidad de probar la no existencia de daños extrapatrimoniales por la otra parte<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> Artículo 2.2 LO 1/1982: “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado”.

<sup>159</sup> En este sentido, encontramos a MARTÍN CASALS, M., SALVADOR CODERCH, P. (1989), “Sentencia de 18 de abril de 1989. Derecho al honor. *Quantum* de la indemnización. Su no revisibilidad en casación”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 21, Editorial Civitas, p. 539, “la ley establece una presunción del daño moral en atención a lo que sucede en la mayoría de los casos: se estima que una intromisión ilegítima conlleva siempre un daño moral. Si el resarcimiento en forma específica (difusión de la Sentencia, réplica) no es suficiente, deberá indemnizarse pecuniariamente; y, a pesar de lo que pudiera concluirse de la interpretación literal de la ley, los daños patrimoniales deberán ser probados”; GARCÍA LÓPEZ, R. (1990), *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*, Bosch Editor, S.A., Navarra, p. 270: “La presunción, en principio, sólo puede tener sentido referida al daño moral. Al incidir la intromisión ilegítima en el ámbito de unos bienes jurídicos que escapan a la esfera patrimonial del sujeto de derecho,

Aunque la opinión de estos autores puede ser razonable pues, parece obvio que la presunción comentada intenta subsanar todas aquellas dificultades de prueba que por su propia naturaleza sufren los daños extrapatrimoniales, también es cierto que esta facilidad que otorga el legislador al órgano juzgador para poder valorar y resarcir los daños morales debe complementarse con el derecho de la otra parte a intentar demostrar la no existencia de los mismos.

El Tribunal Supremo ha entendido en sus resoluciones que la presunción contenida en el artículo 9.3 no es *iuris tantum*, es decir, la presencia de una de las intromisiones ilegítimas a las que anteriormente hacíamos referencia debe implicar la existencia de daño moral. Pese a que el Tribunal no coincide con los anteriores autores en la naturaleza de esta presunción legal, si que parece coincidir en que la misma sea de aplicación principalmente a los daños morales, siendo muestra de ello la Sentencia del Tribunal Supremo número 94/2009 de 25 de febrero (FJ. 3º) , en donde se sostiene que “[l]a norma legal establece que la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (art. 9.3, inciso primero , LO). No se trata de una mera presunción "iuris tantum", sino que la intromisión ilícita supone la existencia del perjuicio indemnizable, a modo de una realidad "*in re ipsa*". El perjuicio presumido es el correspondiente al daño moral, que no obsta a la prueba de un daño material, y para cuya cuantificación económica, la norma legal del art. 9.3 indicado, señala unas pautas consistentes en "las circunstancias del caso", "la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido", y "el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma"<sup>160</sup>.

---

hace que la naturaleza específica del daño moral que se produce atraiga la presunción en este campo, bastando con acreditar la intromisión ilegítima en el círculo de los bienes morales o bienes de la personalidad"; ROVIRA SUERIO, María E. (1999), *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cedecs, Barcelona, pp. 238 y 239, “[a] tenor de lo dispuesto en el art. 9.3º de la Ley del 82, y tras un estudio sistemático de su escueto articulado, podemos concluir que no existe indicio alguno, y menos aun expreso, como exige el Código Civil, que permita sostener que la mencionada ley disponga una prohibición de la prueba en contrario, de ahí que concluyamos su carácter *iuris tantum*”.

<sup>160</sup> En el mismo sentido encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo número 775/2011, de 27 de octubre, FJ. 4º: “Debe recordarse que el artículo 9-2 de la LO 11/1982 preceptúa que la tutela judicial comprenderá, entre otras medidas, la condena a indemnizar los perjuicios causados, presumiéndose en el párrafo 3º con el carácter de *iuris et de iure* que la existencia del perjuicio siempre que se acredite la intromisión, legítima. No se trata de una presunción "*iuris tantum*", sino que la intromisión ilícita supone per se la existencia del perjuicio indemnizable, a modo de una realidad, "*in re ipsa*". El perjuicio presumido es el correspondiente al daño moral, y para cuya cuantificación económica, la norma legal del artículo 9-3 señala unas pautas consistentes que han de ser observadas por los órganos judiciales, a cuyo efecto disciplina que el daño moral se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrán en cuenta, en su caso la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión”.

Tras haber valorado la presunción del artículo 9, debemos centrarnos en los criterios que recoge el mismo artículo para fijar la cuantía de la indemnización de los daños no patrimoniales, siendo estos criterios clasificados por ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL como subjetivos (aquellos que incluyen la reputación del difamado y la consideración de sus circunstancias personales) y objetivos (la difusión o audiencia del medio a través del que se realiza la intromisión ilegítima así como el beneficio obtenido por el causante de la lesión)<sup>161</sup>.

Ahora bien, hay que recordar que las indicaciones reflejadas en el artículo 9.3 van dirigidas principalmente al juzgador de instancia, pues corresponde a estos tribunales la valoración de la prueba. Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que no habría problema en considerar como motivo de casación la incorrecta aplicación de los criterios de valoración indicados en la Ley por los juzgadores de instancia, ya que si se diera tal supuesto, nos encontraríamos ante un error de Derecho<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> ROCA TRÍAS, E., NAVARRO MICHEL, M. (2011), *Derecho de daños, textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 204, “[e]ste artículo prevé dos tipos de criterios valorativos: los *subjetivos*, que incluyen la reputación del difamado y la consideración de sus circunstancias personales, como la edad, sexo y condición de la persona. Y entre los *criterios objetivos*, la difusión o audiencia del medio a través del cual se produce la intromisión ilegítima, y el beneficio obtenido por el causante de la lesión. En cuanto al primer criterio, cabe precisar que aunque en principio cuanto mayor sea el ámbito geográfico de la difusión, mayor será el daño y por tanto, la indemnización, una difusión escasa pero selecta, a través de un medio que penetre en el ámbito social y profesional del afectado puede ser tanto o más perjudicial que otra masiva e indiscriminada, sin impacto real en la esfera del afectado. En cuanto al segundo criterio, la referencia al beneficio obtenido por el causante está relacionada con el enriquecimiento injusto. Como la lesión puede haber generado un beneficio económico en quien ha realizado la intromisión indebida, este enriquecimiento debe ser reembolsado. Se trata de evitar que el causante de la lesión pueda beneficiarse económicamente de su conducta antijurídica”; en el mismo sentido, MARTÍN-CASALS, M. (1990), “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, p. 1272, “la idea que late en el fondo de la valoración del beneficio obtenido es la de que no puede resultar más barato la utilización ilícita de un derecho ajeno que su uso legítimo. La intromisión en el honor puede generar, además de un daño patrimonial y moral a quien la sufre, un beneficio patrimonial para quien la realiza. Si el causante de la lesión debiera limitarse a indemnizar el daño causado, podría todavía quedar en sus manos un «plus» de ganancia después de haber pagado la indemnización. Obsérvese que el beneficio obtenido no tiene porqué guardar ninguna relación con el daño causado, sino que es independiente de él”; ROVIRA SUERIO, María E. (1999), p. 250, “por lo que se refiere a la primera parte de este precepto, cabe señalar que no supone novedad alguna por cuanto se limita a recoger en términos de gran amplitud criterios que ya venían siendo utilizados por los Tribunales en su tarea cotidiana de solución de conflictos mediante la aplicación de las normas al caso concreto. Resta, simplemente añadir algo, por lo demás evidente, que la ponderación de “la difusión del medio empleado” solo será de utilidad respecto de aquellas intromisiones ilegítimas que contemplan como supuesto de hecho la difusión que, concretamente, se reduce al número 3 del artículo 7”.

<sup>162</sup> MARTÍN CASALS, M., SALVADOR CODERCH, P. (1989), p. 764, “[e]s incuestionable que, en atención a los hechos que deban estimarse probados, la determinación de la cuantía indemnizatoria es una cuestión de hecho, atribuible a los Tribunales de instancia. Fuera del estricto margen del artículo 1.692.4 LEC no pueden volver a discutirse en casación, pues ello la convertiría en tercera instancia. Cuestión distinta es que lo discutido en casación sea la aplicación correcta de los criterios, bases o parámetros legales que establece el artículo 9.3 LO 1/1982 para determinar el *quantum* indemnizatorio. La aplicación de esos

Siendo la opinión de estos autores compartida por nuestro Tribunal Supremo, pues es posible encontrar resoluciones emitidas por el Alto Tribunal en las que se admite su propia competencia para revisar el *quantum* indemnizatorio si hubiera habido error de derecho en la valoración del juzgador de instancia.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo número 811/1995, de 31 de julio (FJ. 2º), expone que “[p]uesto en cuestión como tema único del recurso el de la indemnización compensatoria del daño moral producido al actor por la publicación declarada ofensiva, aquel pronunciamiento del Tribunal de instancia hecho, en consideración a la relevancia pública del ofendido y al evidente sufrimiento soportado por él por efecto de la injusta atribución de una conducta denigratoria por la publicación encausada, ha de reputarse correcta una vez que no cabe discutir ni la realidad del daño razonablemente apreciado en la instancia, ni mucho menos el alcance del mismo en orden a la cuantía de la indemnización fijada, ya que la apreciación de ambos extremos como cuestión de hecho, está reservada al criterio del Tribunal «a quo» cuya conclusión, en este particular, ha de ser respetada -salvo concurrencia de error material o jurídico que aquí no se advierte- según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 27 mayo 1987 [ RJ 1987\3586], 28 enero 1988 [ RJ 1988\152], 30 septiembre 1988 [ RJ 1988\6938] y 19 octubre 1990 [ RJ 1990\7982])”.

Otro aspecto característico de esta Ley Orgánica reside en los sujetos legitimados para ejercer los derechos que en ella se contemplan.

La legitimación activa la tendrán aquellos sujetos que se consideren perjudicados por la intromisión ilegítima producida. En el supuesto de que la intromisión ilegítima recaiga sobre una persona ya fallecida, o cuando la persona que padeció la intromisión fallezca sin haber podido ejercitar las acciones que contempla la Ley (artículo 6.1), la legitimación para llevar a cabo las acciones pertinentes recaerá sobre la persona que el fallecido hubiera indicado en su testamento, pudiendo ser una persona jurídica. En el supuesto de que no se hubiera producido tal designación, el derecho para ejercitar la acción recaerá sobre el cónyuge y parientes más cercanos, y en el supuesto de no existir ninguno de estos, el derecho recaerá sobre el ministerio fiscal (artículo 4, puntos 1, 2 y 3).

Además, esta Ley en su artículo 3 contempla que si la intromisión ilegítima ha sido causada a un menor de edad existiendo consentimiento expreso para ello, tal consentimiento tendrá que ser otorgado por el mismo menor siempre y cuando su condición de madurez lo permita, lo que ha sido valorado positivamente por autores como TEJEDOR MUÑOZ, quien

---

criterios es una cuestión de Derecho y, como tal, recurrible en casación por la vía del artículo 1.692.5 LEC.”; en la misma línea de pensamiento encontramos a YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001), *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, p. 179: “El que la L.O. 1/1982 haya querido recoger un elenco de criterios de valoración del quantum trae consigo el que, si bien la cuantía indemnizatoria no se puede revisar en casación por ser una de las más típicas cuestiones de hecho, reservadas a los Tribunales de instancia, no debe haber inconveniente para que se discuta la aplicación de los criterios de valoración establecidos por el artículo 9.3º. Cómo hayan sido éstos utilizados por los Tribunales de instancia es una autentica *quaestio iuris*, revisable en casación”.

además considera necesario destacar que siempre debe tenerse presente el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir<sup>163</sup>.

En cuanto a la legitimación pasiva, ésta corresponderá al autor material de la intromisión ilegítima. Cuestión diferente, es si debe considerarse que los medios de difusión mediante los que se llevó a efecto dicha intromisión poseen o no alguna responsabilidad sobre lo ocurrido<sup>164</sup>.

En estas situaciones, la Ley contempla en su artículo 9.2. a, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida, de lo que se desprende que el medio de difusión tendrá al menos que publicar la rectificación necesaria para intentar restaurar al perjudicado en su

---

<sup>163</sup> TEJEDOR MUÑOZ, L. (2007), "Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 700, marzo-abril 2007, p. 846, "debe valorarse positivamente esta protección reforzada que se les otorga a los menores, adoptando todas las cautelas necesarias para protegerlos, pero sin conculcar el ejercicio de estos derechos por sus titulares. Es necesario destacar la importancia que en este ámbito tiene la intervención del Ministerio Fiscal, y tener presente siempre el principio general que preside la protección del menor, y que consiste en el *interés superior del menor* sobre cualquier otro que pueda concurrir"; DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (2009), "Resarcimiento del daño moral por intromisiones consentidas en el derecho a la propia imagen de menores (en relación al caso Marta del Castillo)", *Diario La Ley*, Nº 7171, sección tribuna, 11 may. 2009, Año XXX, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 2, "[e]l art. 3.1 LO 1/1982 prevé que los menores e incapaces puedan prestar el consentimiento a una intromisión en su honor, intimidad o imagen, «si lo permiten sus condiciones de madurez», previsión ésta, conforme con el texto del art. 162.1 Código Civil (CC), reformado en 1981, el cual exceptúa la representación legal de los padres respecto de los actos de sus hijos menores, en los que éstos ejerciten derechos de la personalidad, «si lo permiten sus condiciones de madurez». Este consentimiento, aunque sea expresión de un acto de autonomía de la persona, no puede ser considerado como fuente de una obligación contractual, sino que es un acto que, en principio, opera como causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse la autorización, sería antijurídica y, en consecuencia, generaría una obligación de resarcir el daño moral causado"; GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria (2011), *Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978*, Sanz y Torres, Madrid, p. 250, "[e]n cuanto al consentimiento de los menores o incapaces para no considerar una intromisión ilegítima, deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, tal como establece el art. 3.1 de la Ley. En los restantes casos, el consentimiento habrá otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado".

<sup>164</sup> A este respecto, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1990), p. 1556, sostiene que "[e]l sujeto pasivo es el autor de los hechos que supone un ataque al honor del sujeto activo. Este sujeto no plantea especial problema, salvo en el único caso de que se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones, tal como dispone el artículo 2º, 2º. de la Ley de 5 de mayo de 1982, según redacción que le dio la Ley de 29 de mayo de 1985; en tal supuesto, para seguir un proceso sobre el derecho al honor (e imagen e intimidad) contra alguno de aquéllos, es precisa la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado, tramitada como suplicatorio. Si el ataque al honor ha sido producido por un medio de comunicación social (prensa, radio, televisión) o simplemente por medio de material impreso (libro, revista), la Ley de 18 de marzo de 1966, del Ordenamiento Jurídico de la Prensa e Imprenta, derogada en parte, dispone en su artículo 65.2, éste no derogado expresamente, que la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario".

estado previo a la intromisión causada, lo que se encuentra complementado con los artículos 120.2 del Código Penal y 65 de la Ley 14/1996, de 18 de marzo, de prensa e imprenta<sup>165</sup>.

Mención especial merecen las intromisiones realizadas a través de Internet y más concretamente la responsabilidad que poseen los prestadores del servicio, entre los que debemos diferenciar los prestadores de servicio de la sociedad de la información y los prestadores de servicio de intermediación.

En lo que respecta a los primeros, ACEDO PENCO resalta que si bien en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, se reconoce una amplia libertad para exponer los contenidos en la red, también se autoriza a la restricción de los mismos cuando atenten contra los derechos fundamentales de la persona, encontrándose los prestadores de servicio conforme al artículo 13 de esta Ley sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el Ordenamiento Jurídico<sup>166</sup>.

Resulta evidente que el legislador ha permitido con la redacción del artículo 13 de la Ley 34/2002 que la actividad de los prestadores de servicios se encuentre supeditada al contenido de la Ley Orgánica 1/1982<sup>167</sup>. Sin embargo, este mismo artículo contempla en su

---

<sup>165</sup> M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C. (2008), *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 123 y 124: "En el artículo 9º de la ley comentada se establece una forma de reparación in natura, en cuanto se dispone que el demandante tiene derecho a que la rectificación y la sentencia en la que se reconoce la ofensa se publiquen. Esta norma ha sido aplicada por el Tribunal Supremo, en sentencia del 20 de julio de 2001, entre otras".

<sup>166</sup> ACEDO PENCO, Á. (2008), *Contratos y responsabilidad civil: cuestiones jurídicas actuales. Supuestos concretos y soluciones jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, p. 176, "[e]n España, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, no exige "autorización previa" de ningún órgano para poder difundir contenidos de información a través de Internet, según determina su artículo 6. Sin embargo, el artículo 8.1 establece determinadas restricciones a los contenidos de las páginas webs, en su apartado c) determina que se restringirán los contenidos, cuando se atente "contra la dignidad de la persona", y en concreto expresa: "En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados". Es decir, que si bien se reconoce en la Ley una amplia libertad para exponer los contenidos en la red, también se autoriza la restricción de los mismos cuando atenten a los derechos fundamentales de la persona. A tal efecto el artículo 13.1 sobre responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, determina con claridad que: "Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley".

<sup>167</sup> PATRICIA ROJAS, Á. (2011), "La responsabilidad de los PSSI y la libertad de expresión. Jurisprudencia reciente", en CORTINO HUESO, L. (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicacions de la Universitat de València, pp. 290 y 291: "En la jurisdicción civil se parte de establecer si los mensajes o comentarios vertidos en el foro son ilícitos, bien porque, como ya se ha dicho, atentan contra derechos fundamentales, o bien porque la conducta se ajusta a

apartado segundo que para poder determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación se estará al contenido de los siguientes artículos<sup>168</sup>, recogiendo a su vez en el artículo 16 que los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario del servicio no serán responsables por la información almacenada a petición de este destinatario siempre que no tengan conocimiento efectivo de la misma ni de su ilicitud y en el caso de que sí posean este conocimiento, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

En cuanto a la excepción del “conocimiento” que refleja el mencionado artículo 16, podemos indicar que el Tribunal Supremo ha interpretado de forma amplia dicha exigencia, siendo un claro de ello la Sentencia del Tribunal Supremo número 144/2013, de 4 de marzo (FJ. 3º), en donde se contempla que “[e]l artículo 13.1 de la LSSICE establece que «los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley», determinándose la responsabilidad por el ejercicio de actividades de intermediación por los artículos siguientes. El anexo de la ley recoge la definición de los servicios de intermediación y establece que «son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet». La LSSICE regula en sus artículos 15 y siguientes los requisitos para exonerar de responsabilidad a los proveedores de servicios que realicen copia temporal de datos, alojamiento o almacenamiento de los mismos o faciliten enlaces y entre ellos se encuentra el «conocimiento efectivo» que es definido en los artículos 16 y 17 «cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el

---

lo dispuesto por el régimen de responsabilidad aplicable al caso, que en la mayoría de ellos es la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, norma que como se señala en las sentencias, es totalmente aplicable dado que la LSSICE no excluye su aplicación”.

<sup>168</sup> Sobre la remisión a los artículos posteriores contemplada en el art. 13.2 LSSICE, PEGUERA POCH, M. (2007), *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, p. 293, “[p]robablemente el mismo carácter de declaración superflua debe atribuirse al segundo apartado de este artículo 13, a cuyo tenor «[p]ara determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes». ¿Qué pretende indicar con ello el legislador? ¿Quiere señalar que los artículos siguientes (14 a 17) sólo son aplicables a las «actividades de intermediación» y no al resto de servicios de la sociedad de la información? Probablemente ese es el sentido que el legislador quiere dar al precepto, pero también a estos efectos se trata nuevamente de una declaración superflua, puesto que aquellos artículos ya determinan perfectamente los supuestos a los que son de aplicación, supuestos que en todos los casos se califican de «servicios de intermediación». Por otra parte es claro que el legislador no puede querer decir que tales artículos son aplicables a los servicios de intermediación de cualquier tipo, ya que los preceptos 14 a 17 se refieren a unos supuestos muy concretos y delimitados, y su aplicación sólo podrá extenderse a casos distintos en la medida en que lo permitan las reglas sobre aplicación analógica de las normas”.



prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse». Esta Sala en STS de 9 de diciembre de 2009, RC n.º 914/2006 y en STS 10 de febrero de 2011, RC n.º 1953/2008 realizó una interpretación del concepto de «conocimiento efectivo» a la luz de la Directiva traspuesta. Así se señaló que la LSSICE no se limitaba a incluir en los supuestos de exención de responsabilidad el conocimiento por parte del proveedor de resolución dictada por órgano competente que declarara la ilicitud, sino que incluía también, de conformidad con el artículo 16 de la LSSICE, la posibilidad de " otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse ", como el conocimiento «que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate» o en palabras de la Directiva, en su artículo 14, « hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito »<sup>169</sup>.

Todo lo indicado implica que, como regla general, a los prestadores de servicio de intermediación no se les puede considerar responsables por los contenidos publicados en Internet excepto cuando manipulen la información transmitida produciendo con ello algún tipo de daño, lo que se encuentra en clara consonancia con el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior<sup>170</sup>, aclarando PEGUERA POCH que los requisitos establecidos en los artículos 14 y siguientes de la Ley 34/2002 permiten

---

<sup>169</sup> En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Supremo número 773/2009, de 9 de diciembre, FJ. 4º: "No es conforme a la Directiva - cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios - una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de " otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse " -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al " conocimiento efectivo " a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate".

<sup>170</sup> PLAZA PENADÉS, J. (2001), "La responsabilidad civil en Internet (su regulación en el Derecho Comunitario y su previsible incorporación al Derecho Español)", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-93, tomo 3 (<http://www.laley.es>), pp. 8 y 9, "[s]egún el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no podrá ser considerado como responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, excepto en el marco de una acción de cesación, a condición de que el prestador de servicios no tenga realmente conocimiento de que la actividad es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que una actividad revele su carácter ilícito o de que, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (responsabilidad por *hosting*)".

entender la actividad de estos agentes como neutra o pasiva en relación con los contenidos intermediados, lo que posibilita conceder a dicha actividad una exclusión general de responsabilidad<sup>171</sup>, como entendemos no podría ser de otra forma ya que lo contrario implicaría exigir a estos agentes el control de toda la actividad que ejercieran los usuarios de sus servicios, lo que constituiría una tarea realmente ardua, por no mencionar que, como han puesto de relieve algunos autores, exigir responsabilidades a los prestadores de servicios de intermediación podría suponer una colisión de diferentes derechos fundamentales<sup>172</sup>, lo que también ha sido objeto de debate en algunas Sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha realizado una ponderación entre diferentes derechos

---

<sup>171</sup> PEGUERA POCH, M. (2007), “«Sólo sé que no sé nada (efectivamente)»: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”, *Revista de los estudios de derecho y ciencia política de la UOC*, número 5, p. 10, “los requisitos que se establecen en los artículos 14 a 17 LSSI no constituyen en sentido propio obligaciones o deberes que el legislador impone a los prestadores. Constituyen tan sólo elementos que permiten considerar la actividad como neutra o pasiva en relación con los contenidos intermediados, lo que posibilita conceder a dicha actividad una exclusión general de responsabilidad. En consecuencia, el hecho de que el prestador no satisfaga los requisitos previstos en dichas normas no constituye un incumplimiento de un deber legal. La única consecuencia de no cumplir con dichos requisitos es la imposibilidad de disfrutar de la exclusión de responsabilidad. El hecho de no poder invocar dicha exclusión tampoco significa que el prestador vaya a ser automáticamente responsable de los contenidos. Esto es así porque los artículos 14 a 17 no son normas de atribución de responsabilidad, sino de exclusión de responsabilidad. Que el prestador no puede valerse de dicha exclusión no significa necesariamente que se le pueda declarar responsable. Para esto último, es preciso que alguna norma del ordenamiento anude a la conducta de dicho prestador la consecuencia del deber legal de responder de los contenidos. Para que surja dicho deber, naturalmente, deberán concurrir todos los requisitos que esa norma de atribución de responsabilidad haya dispuesto para ello. En el caso de la responsabilidad civil, deberá considerarse tanto la negligencia como la existencia del daño, así como la relación de causalidad. En el caso de la responsabilidad penal, deberán concurrir todos los elementos necesarios para el nacimiento de la misma. No es posible interpretar *a contrario* las reglas de exclusión de responsabilidad”; ACUM MALDONADO, C. (2011), “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en la sociedad de la información”, *Revista de la contratación electrónica*, nº 115, p. 11, “[e]sto significa, que el régimen de responsabilidad (como exención) de la LSSICE se impone a cualquier otro (como la Ley de Propiedad Intelectual o Ley Orgánica de Protección del Honor, Intimidad personal y familiar, y propia Imagen) que pudiera interpretarse en el sentido de hacer responsable a uno de los intermediarios a que se refiere la LSSICE”.

<sup>172</sup> En este sentido, a modo de ejemplo: TERUEL LOZANO, G. M. (2011), “El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, en CORTINO HUESO, L. (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicacions de la Universitat de València, p. 67, “debemos llamar la atención de que, como dijimos en su momento, un régimen de atribución de responsabilidad demasiado exigente sobre los prestadores de servicios de intermediación puede convertir a estos en verdaderos censores. En este punto, parece correcta la dirección marcada por la Unión Europea de no responsabilizar a los prestadores de estos servicios más que por los contenidos propios y por aquellos otros en los que hubiera tenido posibilidad de controlar una vez que hubiera tenido “conocimiento efectivo” de su carácter ilícito. No obstante, hay cuestiones todavía problemáticas. Particularmente el hecho de clarificar cuándo se considera que el prestador de los servicios ha tenido ese “conocimiento efectivo” de que albergaba contenidos ilícitos sobre los que debía actuar. Y es que no se puede obligar a los prestadores de los servicios a que tengan que distinguir entre lo que es o no ilícito, so pena de convertirlos, como decía, en auténticos censores”.

fundamentales que pueden entrar en conflicto al dilucidar la responsabilidad en la que podría haber incurrido un prestador de servicios de intermediación<sup>173</sup>.

Por lo tanto, como regla general, puede afirmarse que el servidor web (*hosting*) no será responsable, salvo que pueda demostrarse que tuviera conocimiento del daño que se está causando y, siendo conocedores de este hecho, no actuara con la diligencia debida retirando los datos dañinos o haciendo imposible el acceso a los mismos<sup>174</sup>.

Antes de poder dar por finalizado este apartado, cabe hacer alusión al plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1 /1982, diferente a los plazos

---

<sup>173</sup> Una muestra de ello la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo número 805/2013, de 7 de enero, FJ. 3º: “La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático - sentencia de 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006 -. Se debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige - sentencias del Tribunal Constitucional 6/2000, de 17 de enero, 49/2001, de 26 de febrero ( RTC 2001, 49 ), y 204/2001, de 15 de octubre ( RTC 2001, 204 ) -, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática - sentencias del Tribunal europeo de derecho humanos de 23 de abril de 1992, Castells c. España , § 42 , y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España , § 43 -. Hay que añadir que, tanto en primera como en segunda instancia, se calificó como ilícita la intromisión en el ámbito del honor del demandante, precisamente por contener las opiniones y juicios de valor alojados en los foros abiertos en la página web de la demandada graves insultos dirigidos a él y a su negocio, considerados, además, innecesarios para exteriorizar una crítica por muy rigurosa que se quiera y, por tal, instrumentos de una inadmisibile extralimitación”.

<sup>174</sup> Como sostiene SÁNCHEZ LERÍA, R. (2011), *El contrato de hospedaje de página web*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 265 y 266, “el sistema de exención de responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento de datos requiere que se produzcan, al menos, una de las dos situaciones que a continuación se describen. En primer lugar, se requiere que el prestador no tenga un conocimiento efectivo de la ilegalidad de la información alojada. No basta, por tanto, que tenga un conocimiento abstracto de la posibilidad de lesión o una mera sospecha de la misma. En efecto, el conocimiento del prestador sobre la ilicitud del contenido almacenado en sus servidores debe ser actual y cierto. El art. 16 LSSICE establece, asimismo, una presunción *iure et de iure* de conocimiento efectivo de la ilegalidad cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los daños, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución”; CONTRERAS NAVIDAD, S. (2014), “La responsabilidad por comentarios ofensivos en Internet. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013. Asunto Delfi As contra Estonia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, BIB 2014/658 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), pp. 1 y 2, “[a] esta «pesadilla» no ha podido poner coto en España la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante LSSI), que, por mandato del Parlamento Europeo, contenido en la Directiva 2000/31/CE, no impone a los prestadores de servicios la obligación de supervisar los datos que se transmiten o se almacenan, ni la de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto del servicio de que se trata, y, además, garantiza que estos prestadores no respondan, en caso de ejercicio de una acción por daños y perjuicios, siempre que acrediten que no tengan conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito y, en el caso de que tuvieran dicho conocimiento, cuando actúen con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

de un año para responsabilidad aquiliana o de quince años para la responsabilidad contractual que recoge nuestro Código Civil.

Este plazo para ejercitar la acción que contempla la Ley plantea el problema de determinar que plazo aplicar en qué casos, si éste de cuatro años o los recogidos en el Código Civil.

Nuestro Tribunal Supremo en el supuesto de que considere que el caso enjuiciado puede encuadrarse dentro de la Ley Orgánica 1/1982, opta, como es lógico, por emplear el plazo de caducidad de cuatro años contemplado en la misma.

En lo que respecta al inicio del cómputo de dicho plazo, el Alto Tribunal reconoce que no existe un criterio pacífico dentro de la doctrina jurisprudencial, aunque parece ser que suele tomarse como referencia el momento en el que el dañado tuvo conocimiento de lo ocurrido<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 804/2000, de 31 de julio, FJ. 1º: “ El artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas a dichos valores constitucionales, caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas. Y cuando dicho precepto habla de caducidad, ha de entenderse como la decadencia de derechos que surge cuando la Ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya esgrimido, y que con el fin de evitar la inseguridad jurídica, ha de contemplarse, dicha caducidad desde un punto de vista del dato derivado del no ejercicio de un derecho por su titular dentro del plazo marcado por la norma. Pero además un aspecto esencial de la referida institución de la caducidad es el de su no posible interrupción, y es esta nota la que la diferencia de la prescripción, y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que ha configurado la caducidad con una naturaleza que se deriva de no ser posible su interrupción, salvo en el caso concreto de la formalización de un acto de conciliación (SS. 25 de junio de 1962, 22 de mayo de 1965 , 23 de diciembre de 1983, 27 de diciembre de 1992 y 10 de noviembre de 1994, entre otras). Pues bien en el presente caso la parte, ahora recurrente, tuvo conocimiento del escrito en que se vertieron por el demandado, ahora recurrido, frases o comentarios que aquélla reputó como ofensivos a su honor, el 6 de febrero de 1990, y la demanda de la que la presente «litis» trae causa se planteó el 5 de abril de 1994, -hechos declarados probados en la sentencia recurrida- todo lo cual indica el transcurso de un período de tiempo superior a los cuatro años que establece el mencionado artículo 9 . 5 de la Ley Orgánica 1 /1982”; Sentencia del Tribunal Supremo número 727/2008, de 17 de julio, FJ. 2º: “El artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas a dichos valores constitucionales caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas. La doctrina jurisprudencial no asume una respuesta concluyente en este particular, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto. Así, en sentencias de esta Sala de fecha 28 de mayo de 1990 se entendió que, respecto al tiempo inicial del cómputo, coincidían el momento en que lo supo el agraviado y el instante en que éste pudo ejercitar la acción; y que dicho día fue aquel en que la demandante tuvo conocimiento de los escritos forenses donde se conocieron las injurias reputadas como ofensivas. En la sentencia de 9 de julio de 2004 , relativa a la utilización de un título nobiliario como nombre comercial de un hotel, se dice que «mientras no deje de utilizar dicho nombre la intromisión ilegítima sigue perpetrándose, por lo que no empezaría a contar el plazo de caducidad»”.

### 3.2.1 Daños resultantes de uso incorrecto de datos personales: Ley Orgánica 15/1999

La protección de datos personales posee un especial reconocimiento en el fallido Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa (artículo I-51<sup>176</sup>) y en el vigente Tratado de Lisboa por el que se Modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 16 B<sup>177</sup>), lo que otorga a este derecho una dimensión internacional en lo que respecta a su conocimiento y posible protección<sup>178</sup>.

Asimismo, la Constitución española en el apartado cuarto de su artículo 18 hace referencia a la posibilidad de limitar legislativamente el uso de medios informáticos para proteger el honor y la intimidad de los ciudadanos, lo que ha sido interpretado como que nuestra Constitución rechaza la difusión no autorizada de datos personales<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Art. I-51 Constitución Europea: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. La ley o ley marco europea establecerá las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas será sometido al control de autoridades independientes”.

<sup>177</sup> Art. 16 B Tratado de Lisboa: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 25 bis del Tratado de la Unión Europea”.

<sup>178</sup> ARENAS RAMIRO, M. (2005), “Integración europea y protección de datos personales. Las garantías específicas del derecho a la protección de datos personales”, *Anuario de la facultad de derecho* (Universidad de Alcalá), nº 2005, años 2004-2005, p. 7, “[s]e puede decir que el derecho a la protección de datos personales tiene una dimensión internacional que no poseen otros derechos fundamentales. Así pues, si las amenazas a este derecho pueden tener carácter trasnacional, entonces también el reconocimiento y la garantía del mismo deben tener ese carácter”; en sentido similar, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2007), “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, nº 5, p. 50, “[j]unto a ello, la evolución del derecho en la Unión Europea –a pesar de la fallida Constitución o tratado constitucional- ha tomado un camino que conduce irremediabilmente al reconocimiento de este derecho”.

<sup>179</sup> A modo de ejemplo, LÓPEZ ROMÁN, E., S. MORA, J. (2009), “Un análisis de la estructura institucional de protección de datos en España. Un análisis jurídico y económico de la incidencia de las autoridades de control españolas en la garantía del derecho fundamental de autodeterminación informativa”, *Indret* 2/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 5, “[l]a LORTAD (1992) sería la primera ley estatal que desarrollaría el artículo 18.4 de la CE. En ambos casos estamos hablando de la protección de los datos personales en los supuestos en que exclusivamente se realizaban tratamientos automatizados con dichos datos. Por tanto, hasta la Directiva 95/46 CE no se ofrecería un marco de garantía a la protección de los datos personales en todo tipo de tratamientos, ya sean automatizados o no”; RALLO LOMBARTE, A. (2009), “La garantía del derecho constitucional a la protección de datos personales en los órganos judiciales”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 5, pp. 98 y 99, “[l]a Constitución Española consagra la «dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz

Más concretamente, nuestro Tribunal Constitucional desde el año 2000 en sus Sentencias 292 y 290 de 30 de noviembre ha elevado la protección de los datos personales a derecho fundamental<sup>180</sup>.

Por un lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (FJ. 7º), aclaró que “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”.

Y, por otro lado, en un sentido similar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre (FJ. 7º), expuso que “el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos”.

Una vez expuesta la dimensión que posee el derecho de protección de datos y centrándonos en el tema que nos ocupa, debemos continuar indicando que el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos lo encontramos en la Ley Orgánica 15/1999,

---

social» (art. 10 CE) y en ésta se entronca un derecho fundamental a la protección de datos de alcance personalísimo. Su artículo 18.4 CE indica que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2011), *Privacidad y protección judicial de los datos personales*, Bosch, Barcelona, p. 112, “[e]l artículo 18.4 de la Constitución fue propuesto por los Ponentes constituyentes y se recogió en el Anteproyecto Constitucional al que con posterioridad y en la redacción que finalmente entró en vigor se le añadieron las siete últimas palabras. Esta referencia del artículo 18.4 resultó desbordada por la evolución tecnológica y normativa. Por una parte, en 1992 se adoptó la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter personal (LORTAD); pero, poco después, como consecuencia de la adopción de la Directiva 95/46/CE, se aprobó la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999 (LOPDP)”.

<sup>180</sup> MURILLO DE LA CUEVA, P. L. (2009), “La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº 2 de 2009, p. 136: “La jurisprudencia se ha caracterizado, en general, por hacer valer los elementos más garantistas del régimen jurídico de la protección de datos. No de otro modo debe entenderse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de las sentencias 292 y 290, ambas de 30 de noviembre de 2000, que da carta de naturaleza entre los derechos fundamentales al de protección de datos personales anclándolo en el artículo 18.4 de la Constitución”.

de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, recogándose en su artículo 19.1 el derecho a recibir indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley<sup>181</sup>.

Como podemos observar, la LO 15/1999 realiza una referencia general a la indemnización de daños por vulneración de la privacidad de datos personales (lo que se complementa con el apartado dos del artículo 19, en el que se establece que cuando nos encontremos ante ficheros de titularidad pública la responsabilidad será exigida conforme la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas), o dicho de otra forma, no especifica que tipos de daños cabría indemnizar por estas acciones. Además, debe resaltarse que esta norma contempla en su Título VII un régimen de infracciones y sanciones (artículos 43 a 49) que fueron objeto de modificación por la disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, contemplándose en este Título una clasificación de infracciones en leves, graves y muy graves con sus correspondientes sanciones administrativas, siendo el organismo administrativo competente para iniciar y desarrollar el procedimiento sancionador que pudiera corresponder la Agencia Española de Protección de Datos o el organismo autonómico designado en caso de existir el mismo<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup>ARIAS POU, M., MARTÍN FERNÁNDEZ, S. (2007), “La protección de datos, un derecho del consumidor”, *Actualidad Administrativa*, nº 20, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Nov. 2007, tomo II, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 13, aclaran que “la LOPD también se refiere al derecho de indemnización, reconocido en el artículo 19 de la LOPD, que hace referencia al derecho a ser indemnizados que tienen los consumidores cuando como consecuencia del incumplimiento por el responsable o el encargado del tratamiento de lo dispuesto en la LOPD, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos. En el caso de que el incumplimiento sea cometido por una Administración Pública en relación con ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”; REBOLLO DELGADO, L., SATOR, C. E. (2013), *El derecho a la protección de datos en España y Argentina. Orígenes y regulación vigente*, Dykinson, Madrid, p. 89, “[l]os interesados que sufran daños como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley, por el responsable o encargado del tratamiento, tienen derecho a ser indemnizados (art. 19). En suma, este precepto acoge la responsabilidad extracontractual o aquiliana del artículo 1902 del CC, ya que en aquellos supuestos en los que exista una previa relación jurídica entre el interesado y el responsable o encargado, la obligación de indemnizar dimanará del propio contrato, en cuanto se hayan incumplido las obligaciones en él estipuladas”.

<sup>182</sup>FLEBES YANES, E. M. (2012), “La adaptación de la ley orgánica de protección de datos en un despacho de abogados”, *Diario La Ley*, nº 7831, sección doctrina, abril de 2012, año XXXIII, ref. D-140 (<http://www.laley.es>), pp. 9 y 10, “[s]oplan vientos de cambio en la normativa de protección de datos. El domingo 6 de marzo de 2011 entró en vigor la modificación del régimen sancionador de la LOPD (LA LEY 4633/1999), una reforma que se ha «colado» dentro de la Ley de Economía Sostenible (6). Esta reforma supone la mayor novedad en la normativa de protección de datos desde que en el año 2007 se aprobó el Reglamento de desarrollo de la LOPD. El nuevo texto crea la figura del *apercibimiento*, que permitirá a la AEPD solicitar acciones correctoras en lugar de abrir directamente un expediente sancionador a las empresas que cometan una infracción. El texto también modifica la tipificación de las infracciones que contempla la LOPD, y que se clasifican en leves, graves y muy graves (modificando el grado —hacia arriba o hacia abajo— de ciertas infracciones), y establece nuevos criterios de atenuación de las sanciones (los que permiten a la AEPD fijar la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a las sanciones que precedan en gravedad a la del caso de que se trate). Y eso no es todo, pues también ha modificado ligeramente el

Esta obligación genérica de reparar los daños que pueden acontecer a raíz de un uso ilícito de sus datos personales por el responsable del tratamiento de los mismos, posee su raíz en el apartado 55 de la Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, donde se establece en términos generales que los daños que puedan sufrir la personas a raíz de un tratamiento ilícito han de ser reparados por el responsable de la gestión de los datos afectados<sup>183</sup>.

No podemos entender como tanto el legislador nacional como el legislador europeo han omitido en el articulado de estas normas una referencia al daño al honor o al daño moral, siendo compartida esta opinión por HERRÁN ORTIZ, quien sostiene que “de excluir el daño moral en el ámbito de esta Ley poco será lo que ha de indemnizarse, por cuanto que la norma se orienta a la protección y tutela de los derechos y libertades fundamentales. A continuación surge otra importante duda a propósito de la valoración del daño moral, a la que tampoco ofrece respuesta la Ley, sin embargo, en cada caso tendrán que considerarse aspectos tales como la naturaleza de los derechos implicados, la difusión o publicidad que se haya concedido a tales datos personales, el lucro o beneficio obtenido con el tratamiento, y en su caso la naturaleza de los datos afectados por el tratamiento”<sup>184</sup>.

---

importe de las sanciones”; NÚÑEZ LÓPEZ, M., FERREIRO BROZ, M. (2013), “Una aproximación para empresas a la ley orgánica de protección de datos”, *Derecom*, nº 15, p. 108, “[p]or lo que se refiere a la determinación de las sanciones dentro de los tramos previstos, la propia LOPD establece un sistema de criterios de graduación basado, entre otras cuestiones, en la perduración en el tiempo de la infracción, el volumen de los tratamientos objeto de infracción y del negocio del infractor, la intencionalidad en la comisión de la infracción y los beneficios obtenidos por esta causa, la reincidencia, la naturaleza del perjuicio e incluso el hecho de que estando implantadas las medidas de seguridad oportunas, la vulneración no haya sido imputable a falta de diligencia por parte del responsable. Esta enumeración no es, ni mucho menos, exhaustiva, dado que el propio artículo 45.4 en su apartado j) hace referencia a *cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora*, de lo que podemos deducir una amplia capacidad de juicio por parte del órgano sancionador”.

<sup>183</sup> CONDE ORTIZ, C. (2006), *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, p. 55, “[l]a Directiva 95/46/CE establece en términos generales un nivel de protección de los datos de los particulares, sin que se creen serios obstáculos para la libre circulación de estos, asegurando su protección mediante una serie de criterios comunitarios. De acuerdo con la norma comunitaria, los flujos transfronterizos son necesarios para el desarrollo del comercio internacional y el fortalecimiento de la cooperación científica y técnica”.

<sup>184</sup> HERRÁN ORTIZ, A. I. (2004), *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, p. 258; en contra: ABERASTURI GORRIÑO, U. (2013), “El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la ley orgánica de protección de datos de carácter personal”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 41-42, p. 184, “[l]a realidad es que la LOPD no establece ninguna presunción de daño, al contrario de lo que hace la LO 1/1982, y si el legislador no contempló un extremo de tanta importancia no fue precisamente por descuido u olvido, sino porque la aplicación de ese criterio a todos los casos de incumplimiento en materia tan compleja y de casuística casi infinita, podría desembocar en situaciones absurdas. Piénsese por ejemplo en el caso de que un responsable o encargado de fichero incumpla la obligación de adoptar determinadas medidas de seguridad durante un período de quince días, sin que ello haya conllevado pérdida o alteración de datos o consecuencia alguna y sin que el titular de los datos haya tenido siquiera conocimiento del incumplimiento. O en el supuesto de que un



Consideramos que la difusión no autorizada de datos personales si puede producir alguna clase de daño será de tipo moral, pues esta vulneración a la intimidad de la persona si en algo puede repercutir es en su honor (lo que se desprende del artículo 1 de la propia Ley, en el que se indica que su objeto es la protección de las libertades públicas y derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente de su honor e intimidad), máxime cuando, como vimos en el epígrafe correspondiente, el artículo 9.3 de la LO 1/1982 expone que la indemnización que corresponda por una intromisión ilegítima al honor será extensible al daño moral<sup>185</sup>.

---

responsable de fichero no hubiera contestado a la solicitud de acceso efectuada por el titular de los datos. Estos incumplimientos son susceptibles de ser sancionados por las Agencias de Protección de Datos, pero difícilmente puede admitirse que supongan en sí mismos un daño o lesión que justifique una indemnización, pues no se alcanza a ver dónde está el perjuicio. La ecuación que llevaría a admitir que cualquier incumplimiento de la Ley vulnera el derecho a la autodeterminación informativa del titular de los datos y que, por lo tanto, esa vulneración constituye una lesión susceptible de indemnización ha de ser rechazada. Evidentemente, todo incumplimiento de la Ley supone una actuación sancionable por la Agencia de Protección de Datos correspondiente primero y, en su caso, por los Jueces y Tribunales. Sin embargo, no toda vulneración de la Ley constituye una lesión o daño que conlleve aparejado derecho a indemnización”.

<sup>185</sup> GRIMALT SERVERA, P. (1999), *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada, pp. 139 y 140, “[s]i trasladamos estas reflexiones a la LORTAD, pues no dudamos de la aplicación subsidiaria del art. 9.3 LO 1/1982, resultará que deberá presumirse que se ha lesionado el honor o la intimidad cuando exista un tratamiento ilícito de datos personales. Ahora bien, el juego de esta presunción de daño cuando ha existido un incumplimiento por parte del responsable del fichero debe de ser matizada: a) por una parte, opinamos que siempre que haya existido un tratamiento ilegítimo se podrá presumir que ha existido un daño, a no ser que los datos tratados ilícitamente no puedan afectar a la intimidad o al honor (p. ej., en el caso de que no haya solicitado el consentimiento de una persona para almacenar en un fichero su domicilio). b) Por otra parte, cuando se pretenda deducir de un incumplimiento la existencia de un daño concreto, no sólo será necesario que los datos tratados ilícitamente sean susceptibles de generar un daño, sino que deben ser suficientes para provocar ese concreto daño”; BUSTO LAGO, J. M. (2006), “La Responsabilidad Civil de los responsables de ficheros de datos personales y de los encargados de su tratamiento”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2006 (Estudio), BIB 2006/503, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 17, “se ha postulado la aplicación subsidiaria de la presunción que se establece en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de conformidad con la cual la existencia de un daño –a la intimidad personal o al honor– puede presumirse en cualquier caso en el que se haya acreditado un tratamiento ilícito de los datos personales –configurada así como la intromisión que ampara la prueba del daño en la precitada Ley Orgánica–. De esta manera, el daño extrapatrimonial o moral se considerará acreditado “*in re ipsa*” como consecuencia de la ilicitud que se haya incurrido en el tratamiento de datos personales. Toda infracción de las normas contenidas en la LOPD supone una infracción del derecho fundamental protegido por ella en la que se puede fundar un derecho indemnizatorio desvinculado por completo de cualquier lesión de naturaleza patrimonial o económica”; BRU CUADRADA, E. (2007), “La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC*, nº 5, p. 84, “[e]l objeto de la LOPD es garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar, en lo que concierne al tratamiento de datos personales”; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2013), “Daños causados por el incumplimiento de la ley en el tratamiento de datos personales. Concordancias, discordancias y concurso de normas”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 112 (<http://www.laley.es>), pp. 9 y 10, “[e]l criterio

Esta deficiencia de la Ley, inexplicable a nuestro entender, es subsanada por nuestro Tribunal Supremo al admitir la reclamación del daño moral a través del artículo 19 de la Ley Orgánica de protección de datos, ya que el artículo 1 fija el objeto de esta Ley en garantizar y proteger los derechos fundamentales de las personas físicas en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, especialmente en lo que respecta al derecho al honor e intimidad personal y familiar. Este razonamiento se encuentra plasmado en la Sentencia del Tribunal Supremo número 13/2013, de 29 de enero (FJ. 9º), donde se manifiesta que la “[n]orma esencial en la materia es la LO 15/1999 de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) que derogó la LO 5/1992 de 29 octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Dicha ley, según dice su artículo 1 tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar. De lo expuesto resulta que la propia LOPD está encaminada de modo primordial a la protección de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, de su honor e intimidad personal y familiar en todo lo relacionado con la utilización de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptibles de tratamiento (artículos 1 y 2). La LOPD permite garantizar a toda persona un poder de control sobre sus datos personales sobre su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Según el TC, se trata de proteger los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada unidos al respeto a la libertad personal y al derecho al honor”<sup>186</sup>.

Por lo tanto, aunque la Ley Orgánica 15/1999 no recoja expresamente el resarcimiento de daños morales por la difusión de datos personales, podemos concluir que la interpretación

---

marcado por la jurisprudencia analizada es proclive a la concesión de indemnizaciones por daños morales, independientemente de la falta de concesión de indemnización por daños materiales. Ya no cabe duda que los tribunales vienen considerando de la misma manera la responsabilidad derivada de la vulneración del derecho a la protección de datos personales que la vulneración de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”.

<sup>186</sup> En la misma línea, podemos citar: Sentencia del Tribunal Supremo número 226/2012, de 9 de abril, FJ. 6º: “Estimado el recurso de casación y reconocida la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor surge el derecho a la indemnización para la reparación del daño causado, así según el artículo 1 LPD, esta Ley tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar. Y tanto la LPDH como en la LPD contemplan la posibilidad de indemnización en los supuestos de vulneración de la normativa que regula la materia. Concretamente, según el artículo 19.1 LPD «[l]os interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos, tendrán derecho a ser indemnizados», y el artículo 9.3 LPDH declara que «[l]a existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

conjunta de sus artículos 1 y 19 permite el reconocimiento y resarcimiento de daños extrapatrimoniales en estas situaciones.

### **3.3 Artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**

El TRLGDCU contempla de forma general, en su artículo 8, letra c, el derecho básico de todo consumidor a ser indemnizado por los daños sufridos<sup>187</sup>. Pero además de la referencia genérica a la indemnización de daños y perjuicios padecidos por el consumidor, el TRLGDCU menciona expresamente en su artículo 128 el resarcimiento del daño moral derivado de la responsabilidad contractual fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios, encontrándose este artículo situado en el Libro III, sobre Responsabilidad Civil por Bienes o Servicios Defectuosos.

Como puede observarse, el artículo 128 hace mención expresa al daño moral por incumplimiento de contrato. Ahora bien, cabe preguntarse si la regulación del daño moral por incumplimiento del contrato se encuentra desarrollada en el TRLGDCU o, si por el contrario, es necesario acudir a una norma diferente.

Esta duda se suscita debido a que, aunque el artículo 128 menciona el daño moral, el artículo 129 de este mismo Texto Refundido, correspondiente al ámbito de protección, no efectúa ninguna referencia al resarcimiento de este daño, optando el legislador en este caso por diferenciar únicamente entre daños personales y daños materiales.

Para poder resolver esta cuestión tenemos que acudir al origen del artículo 128, encontrándose éste en el artículo 13 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en donde se contempla que esta Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual<sup>188</sup>, por lo que tomando como referencia el artículo 13 de la mencionada

---

<sup>187</sup> BOTANA GARCÍA, G. A. (2008), "La refundición de la legislación de consumo en España", *práctica de derecho de daños*, N° 58, Sección Estudios, Marzo 2008, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 31: "El tercer derecho que contempla el art. 8 del TRLGDCU es el referente a la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. Este derecho tiene su reflejo en el Libro Tercero del TRLGDCU que aparece bajo la rúbrica «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos», donde se incluyen los arts. 128 a 149. Este Libro se estructura en dos Títulos: el primero de ellos recoge disposiciones comunes, en materia de responsabilidad, mientras que el segundo acomete tanto los daños causados por productos como los daños causados por otros bienes y servicios".

<sup>188</sup> En relación al tratamiento del daño moral otorgado en la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2003), "La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de directivas", en CÁMARA LAPUENTE, S. (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, pp. 928 y 929, "[e]n el caso de los daños materiales, además, hay que tener en cuenta que el art. 9.1 b) Directiva excluye la indemnización de los daños inferiores a 500 ecus, con el propósito de evitar el exceso de litigios de escasa cuantía económica, que en cualquier caso podrán ser indemnizados mediante la aplicación de las normas internas que regulan la responsabilidad civil en cada

Directiva, cabe concluir que el reconocimiento del daño moral efectuado en el artículo 128 del TRLGDCU debe ser desarrollado conforme al régimen general de responsabilidad contractual y extracontractual comprendido en el Código Civil, lo que asimismo implica que el TRLGDCU no agote la regulación de la responsabilidad civil por daños causados por productos y servicios defectuosos<sup>189</sup>.

---

Estado miembro. Por último, la Directiva excluye también de su ámbito de aplicación la indemnización de los daños morales (art. 9.2 Directiva), para cuya indemnización la víctima deberá acudir a su respectiva legislación nacional”; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2004), *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Comares, Granada, p. 125, “[a] fin de valorar la referida exclusión del daño moral de la condición de daño indemnizable (con particular atención al caso de que aquél proceda de daños personales), conviene recordar que en la Propuesta de Directiva (en su versión modificada de 1 de octubre de 1979) la Comisión abogaba por extender la aplicación de la misma al «*Pretium doloris* y otros daños inmateriales»; pero el Consejo lo rechazó, y fue finalmente su criterio el que se plasmó en el art. 9 del texto definitivo. Transcurridas casi dos décadas desde aquel entonces, hoy día la doctrina aduce poderosas razones que invitan a no seguir manteniendo dicha exclusión en el momento actual”; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2012), “El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE)”, *Diario La Ley*, Nº 7859, sección doctrina, 16 de may. 2012, año XXXIII, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 8, “no cabe perder de vista que a nivel de normativa europea, si bien el tema de los daños morales en sede de responsabilidad por productos defectuosos fue objeto de discrepancias durante la tramitación de la Directiva 85/374/CEE, hoy día se halla fuera del punto de mira de las discusiones sobre la eventual modificación de la misma: si el tercer Informe de la Comisión de 2006 omitió toda alusión a dicha cuestión y no consideró que fuera uno de los aspectos particularmente espinosos del régimen de responsabilidad por el producto merecedores de un seguimiento continuo y especialmente estrecho, la misma posición se mantiene en el cuarto Informe de septiembre de 2011 donde la Comisión se limita a recordar que «dicha Directiva tampoco afectará a la reparación de los daños morales según las disposiciones legislativas nacionales»”.

<sup>189</sup> De esta forma, LATORRE LÓPEZ, Á. (1999), “La responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por un producto defectuoso”, en FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (director), *Valoración judicial de daños y perjuicios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 413, “[n]o es adecuada la regulación que acoge la directiva con relación a los daños inmateriales, entre los que deben incluirse los perjuicios morales como su exponente fundamental. Esta es una de las partes más significativas de la indemnización, y remitirla a la regulación de las normativas internas de los Estados miembros supone mantener la diversidad de soluciones entre ellos. En lo que respecta a nuestra ley, la remisión a la normativa civil general apunta básicamente al régimen determinado en los arts. 1902 y siguientes del C. Civil y a la interpretación jurisprudencial que se ha dado de los mismos”; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009), “De nuevo sobre la responsabilidad por productos defectuosos”, *Aranzadi civil-mercantil*, num. 7/2009 (tribuna), BIB 2009/696, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 2: “Si bien la Directiva 85/374 -se nos dice en esta Sentencia- pretende obtener en los daños a los que se refiere una armonización completa de los derechos de los estados miembros, no persigue, sin embargo, según se desprende del considerando 18º de su Exposición de Motivos (en el que se reconoce la imposibilidad por el momento de una armonización total de la materia de la responsabilidad por productos defectuosos) armonizar de manera exhaustiva ese ámbito de responsabilidad más allá de los mencionados daños. Por tanto -se añade-, puesto que la armonización realizada por la Directiva 85/374 no incluye la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso, dicha Directiva no impide que un estado miembro establezca a este respecto un régimen de responsabilidad objetiva similar al que ella instaura, desde el momento en que la reparación de tales daños no entra dentro del ámbito de aplicación de aquélla”; AZPARREN LUCAS, A. (2011), “Comentario al art. 128 del TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL*

Por lo tanto, que el artículo 129 no recoja expresamente en su texto una referencia a los daños extrapatrimoniales no debe ser interpretado como que el resarcimiento del daño moral no pueda ser incluido en las situaciones englobadas en el ámbito de actuación del artículo 128, lo que ocurre es que el daño moral deberá ser evaluado conforme al régimen general de responsabilidad del Código Civil<sup>190</sup>.

---

1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Colex, Madrid, p. 1169, “[l]a mención que hace el art. 128 declarando que las acciones reconocidas en este Libro no afectan a los derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, «incluidos los morales», podría hacer pensar que tal clase de daños queda fuera del ámbito indemnizatorio del TR y en consecuencia debería ser amparado por las normas generales del Código Civil. Es evidente que encontrándose esta alusión a los daños morales en las disposiciones generales aplicables al régimen de bienes y servicios, en principio tal exclusión de los daños morales, en ningún caso podría afectar a los daños causados por otros bienes o servicios, ya que supondría una restricción más del régimen de protección que los consumidores o usuarios tenían al amparo de la LGDCU, ya que estos no tenían ninguna limitación en cuanto a los daños en el régimen ahora derogado, por lo que no estaría autorizada tal limitación por la refundición, que sería nula por exceso de delegación; pero incluso en relación al régimen de productos podría defenderse que el nuevo TR permite interpretarlo, a pesar de la redacción del art. 128, en el sentido de incluir los daños morales en el ámbito de protección del Libro III tanto en relación con los bienes como con los servicios, sin necesidad de acudir a las normas generales del Código Civil para obtener la indemnización por daños morales. Realmente la Directiva deja libertad al legislador nacional en materia de indemnización de daños morales, en uno de los escasos preceptos que permite la discrecionalidad de los Estados miembros, margen que puede encontrar su justificación en la distinta concepción que el derecho de daños tiene en los países de la Unión Europea, principalmente entre los países anglosajones y continentales. Esto explica porque el legislador comunitario se refiere, cuando describe los daños personales, a la «muerte o lesiones corporales» y añade posteriormente en el mismo art. 9 que el presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales, o en palabras del preámbulo de la Directiva, que esta no obsta al pago del «pretium doloris» u otros daños morales eventualmente previstos por la ley que se aplique en cada caso”.

<sup>190</sup> PARRA LUCÁN, M. Á. (2009), “Comentario al art. 128 del TRLGDCU”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 1616 y 1617, “[l]iteralmente, el art. 128 afirma que las acciones reconocidas en este libro “no afectan” a otros derechos que pueda tener el perjudicado, lo que significa que el régimen legal no excluye que el perjudicado pueda interponer con éxito, cuando se den sus presupuestos, reclamaciones al amparo de otras reglas de responsabilidad. Esto puede suceder por tres tipos de razones: - En primer lugar porque, atendiendo al presupuesto de responsabilidad del TRLGDCU, hay daños que no quedan cubiertos por este régimen legal. Por ejemplo, para los daños por productos el carácter defectuoso del producto tiene en cuenta la falta de seguridad y se indemnizan los daños personales y los daños en otra cosa, pero no se trata de garantizar los intereses estrictamente contractuales o la conformidad del producto con el contrato. La falta de realización de la prestación, o la falta de conformidad del producto será exigible con arreglo a las reglas generales de responsabilidad (art. 1101 y ss CC) o a las específicas sobre garantía y conformidad (actualmente recogidas en el Título V del Libro II, arts. 114 a 127 del TRLGDCU). - En segundo lugar porque, aun cuando el daño proceda del carácter defectuoso del producto o del servicio en el sentido de la ley, hay determinados daños que no quedan cubiertos. Por ejemplo, para los daños por productos, no se indemnizan los daños morales (el artículo 129 no los menciona), o los daños materiales en cosas de uso profesional, o los daños materiales que no superen la franquicia prevista legalmente o los daños personales causados por productos idénticos que superen determinada cuantía (art. 141). Es preciso acudir a las reglas generales de responsabilidad, a cuyo amparo la jurisprudencia concede, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, la reparación íntegra de los daños. - En tercer lugar porque, aun

---

cuando los daños sean indemnizables conforme al régimen de responsabilidad del TRLGDCU, por haberse producido por el carácter defectuoso del producto o del servicio y por estar incluidos, además, en su ámbito de protección, ni la Ley 22/1994 ni la LGDCU para los servicios, excluían la opción de reclamar con arreglo a otras reglas de responsabilidad para el caso de que la víctima del daño así lo decidiera. El Texto Refundido no ha podido introducir una modificación en el régimen de las leyes que refunde, por lo que esta conclusión, que por lo demás encaja en el tenor del art. 129 del TRLGDCU, debe ser mantenida”; en un sentido similar, encontramos a LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, p. 297: “Los daños morales están excluidos del ámbito de aplicación de la responsabilidad, tanto en relación con los daños personales como con los materiales: artículo 128.2 TRLCU. Dada la remisión a la legislación civil general, procede en efecto remitir al estudio del régimen general del Derecho Civil en materia de daños morales”; OSSORIO SERRANO, J. M. (2011), *Lecciones de derecho de daños*, La Ley, Madrid, pp. 209 y 210, “[e]l precepto que ahora nos ocupa no incluye los daños morales, pero sin duda estos también podrán ser objeto de reclamación indemnizatoria, aunque para ello habrán de seguirse las reglas generales previstas para la responsabilidad contractual o extracontractual según proceda, toda vez que el párrafo segundo del art. 128 los incluye entre los daños y perjuicios a cuya indemnización tendrá derecho el perjudicado”; AZPARREN LUCAS, A. (2011), “Comentario al art. 129 del TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, pp. 1172 y 1173, “[a]unque el art. 128 del TR sigue haciendo mención a los daños morales, estos han desaparecido de la redacción del art. 129, a pesar de que su precedente, el art. 10 de la LRPD, se refería a que «los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general», desaparición que puede interpretarse como voluntad del refundidor de incluirlos dentro de los daños susceptibles de ser indemnizados tanto en el régimen de responsabilidad por bienes como en el de servicios donde ya estaban incluidos. Podría discutirse si el refundidor tiene facultades para incluir los daños morales entre los que pueden ser objeto de indemnización conforme al régimen de responsabilidad por productos que no estaban incluidos en la LRPD que se refunde, sin embargo, entiendo que se lo permite la habilitación concedida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, cuando concreta las facultades del Gobierno en la refundición «regularizando, aclarando y armonizando» los textos legales objeto de refundición, y en este sentido puede entenderse la inclusión de los daños morales como armonización de los regímenes relativos a bienes y servicios. De hecho la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2007 dice que el libro tercero armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos y las disposiciones sobre responsabilidad contenidas en el capítulo VIII de la Ley 26/84. Al haberse incluido en las disposiciones generales, aplicables tanto a productos como a servicios, un precepto que antes sólo existía en la Ley de Productos Defectuosos, su regulación conjunta puede interpretarse en el sentido de que los daños morales pueden ser incluidos en las reclamaciones de daños causados tanto por productos como por otros bienes y servicios, armonizando ambos regímenes: parece más adecuada esta interpretación y no la contraria consistente en que los daños morales no pueden reclamarse en el régimen del Capítulo II, pues ello, como restricción de los derechos que tenían los consumidores y usuarios conforme a la LGDCU, aparte de ser un exceso de delegación, vulneraría el art. 51.1 de la CE”; JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2015), “Los riesgos a cargo del perjudicado”, en ORTI VALLEJO, A., GARCÍA GARNICA, M. C. (directores), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 133, “[r]ealmente el criterio judicial ha conseguido logros muy significativos que han manifestado, sobre todo, una tendencia a favorecer al máximo las indemnizaciones de los daños corporales. Y, por detrás, pero muy cerca, se han situado los daños morales que han sido casi como un añadido de los daños corporales para aumentar la cuantía indemnizatoria. Actualmente el orden legal ha establecido una línea de división: los daños personales, incluida, la muerte, y los daños materiales por servicios defectuosos están sometidos a un régimen de especial responsabilidad (artículo 129 TRLGDCU). Y los daños morales están excluidos expresamente del régimen especial de responsabilidad (artículo 128 TRLGDCU) y, por lo tanto, deben considerarse con arreglo al criterio tradicional de la responsabilidad por

En cuanto a los sujetos que pueden verse afectados por el artículo 128 del TRLGDCU, hay que acudir al mencionado artículo 129 cuyo texto, como hemos indicado, distingue entre daños personales y materiales.

La doctrina mayoritaria entiende que en el análisis de los daños materiales debe considerarse que el perjudicado es identificado con el consumidor, pudiendo ostentar la posición de consumidor la persona física que actúe con un propósito distinto a su actividad empresarial o comercial y las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (artículo 3 TRLGDCU), ya que el artículo 129 recoge como requisito que “éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”. Por el contrario, en lo que respecta a los daños personales, el artículo 129 no contempla la exigencia mencionada, lo que puede ser interpretado como que el afectado por daños personales en materia de responsabilidad civil por servicios o productos defectuosos puede ser cualquier sujeto que los haya padecido, sin que sea necesario que ostente la posición de consumidor<sup>191</sup>.

La falta de exigencia de revestir la posición de consumidor para estimar la existencia de daños personales podría tener consecuencias como la no aplicación el artículo 134 del

---

culpa (artículo 1902 CC)”;

sobre la inclusión del daño moral en la derogada Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, VELA SÁNCHEZ, A. J. (2004), *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Granada, pp. 125 y 126, “lo primordial es que la LRPD no ha excluido la indemnización por daños morales derivados de daños personales o materiales, sino que sólo la remite a la «legislación civil general». Por ello, producido un perjuicio por un producto defectuoso encajado en la LRPD se aplicaría ésta y los Tribunales por el principio *iura novit curia* resarcirían el daño personal y material por dicha Ley y el posible daño moral por el art. 1902 Cc., precepto en el que la jurisprudencia ha fundado reiteradamente su reparación y cuya aplicación ha objetivado, de modo que, a efectos prácticos, la expulsión comentada no ocasiona a las víctimas una situación especialmente desventajosa”.

<sup>191</sup> Por todos, PARRA LUCÁN, M. Á. (2009), “Comentario al art. 129 del TRLGDCU”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 1623: “Puesto que la directiva comunitaria no limita su aplicación a los consumidores que actúen en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial, debe concluirse que al libro tercero, por lo que se refiere a la responsabilidad por productos defectuosos, no le va a ser de aplicación el concepto de consumidor del art. 3 del TRLGDCU. Esa desvinculación de la regulación de la responsabilidad del conjunto normativo en el que se inserta parece quedar reflejada en los arts. 128 y 129, que se refieren al “perjudicado”, y no al consumidor”; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010), p. 291: “Ambos preceptos distinguen entre daños personales y materiales (art. 129.1 TRLCU). Los daños personales, consistentes en la muerte y/o las lesiones corporales habrán de ser tenidos en cuenta y resarcidos a favor de cualquier persona, sea consumidor o no. Basta pues, con que la utilización del producto defectuoso haya desembocado en alguna lesión corporal; con mayor razón, en caso de muerte del usuario, tenga o no la cualidad de consumidor. Respecto de la reparación de daños materiales, en cambio, se establecen dos requisitos complementarios. En primer lugar, un requisito de carácter objetivo: que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados; y, en segundo lugar, otro subjetivo: y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado: art. 129.1 TRLCU”.

TRLGDCU, donde se establece la posibilidad de incrementar la indemnización a recibir por la víctima del daño para aquellos supuestos en los que se produzca una demora en la percepción de dicha indemnización. No cabe duda de que, tal y como han expuesto algunos autores, aunque el artículo 134 no aporte ninguna novedad a lo recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede suponer un aliciente para el responsable del daño cometido de llevar a cabo cuanto antes la compensación del mismo<sup>192</sup>, aliciente que podría no tener efecto en estas situaciones.

Tras el recorrido realizado, podemos sostener que pese a que el artículo 128 del TRLGDCU menciona la posibilidad de iniciar la acción para reclamar el resarcimiento del daño moral contractual por producto defectuoso, éste daño deberá ser valorado y resarcido conforme al régimen general del Código Civil, pudiendo ser víctima del mismo cualquier persona con independencia de que ésta ostente o no la condición de consumidor. Además, consideramos que negar el posible resarcimiento de daños extrapatrimoniales por bienes o productos defectuosos supondría una regresión en relación al contenido del artículo 25 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que, recordemos, recogía el derecho del consumidor a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados, sin hacer distinción sobre la naturaleza de estos posibles daños<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> PARRA LUCÁN, M. Á. (2009), "Comentario al art. 134 del TRLGDCU", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 1648: "La regla es un mero recordatorio de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que debería de llegarse a igual conclusión en ausencia del precepto"; AMAT LLOMBART, P. (2010), "Régimen jurídico de la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007", *Actualidad jurídica Aranzadi*, num. 797/2010 (comentario), BIB 2010/750, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 8: "Presenta el RDLeg 1/2007, en su artículo 134, una de las novedades del régimen jurídico actual, que no estaba incluida en la legislación derogada. La medida supone una garantía más para dar adecuada satisfacción a los legítimos intereses económicos de consumidores y usuarios, y además se convierte en un estímulo considerable para el empresario o productor responsable, condenado judicialmente, para acelerar el pago de la indemnización que, en caso de retraso, se verá incrementada por medio de este sistema compensatorio".

<sup>193</sup> Sobre el contenido del artículo 25 de la derogada LGDCU, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984), "La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coordinador), *Comentarios a la ley general sobre consumidores y usuarios*, Estudios sobre consumo, número 3, diciembre 1984, Servicio de Publicaciones Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, p. 129, "[f]inalmente, resulta que los artículos 25 y 26 no contienen especificación alguna ni en cuanto a la clase de daños cuya responsabilidad se pretende regular ni tampoco con respecto al tipo de defecto que se ha de apreciar en los bienes o servicios como causa de los daños. Al no existir base en dichos artículos para limitación alguna habrá que entender que cubren todos los daños, personales y materiales, incluidos los producidos en los propios bienes defectuosos, siempre que se demuestre su existencia (requisito que las Cortes estimaron oportuno añadir explícitamente al texto del art. 25), así como que proceden de los bienes o servicios consumidos, cualesquiera que tales defectos sean. Tampoco existe base en el texto legal para limitar tales defectos"; BARRAL VIÑALS, I. (2005), "Comentario al art. 25 LGDCU", en LLAMAS POMBO, E. (coordinador), *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., Madrid, pp. 689 y 690, "[e]n principio, y como se desprende del art. 2 LRPD, esta norma regula sólo la responsabilidad por productos, comprendiendo en esta noción los bienes muebles o incorporados a



Y aunque todo lo indicado pueda hacer pensar que la reclamación del daño moral por producto defectuoso posee menor protección en nuestro ordenamiento que los daños materiales por la no aplicación del artículo 134 del TRLGDCU, la realidad es que esta garantía se recoge de igual manera en la LEC, por lo que en estas situaciones entendemos que, con independencia de las dificultades intrínsecas al reconocimiento del daño moral derivadas de su propia naturaleza, el que estos daños tengan que ser valorados conforme al régimen general de responsabilidad del Código Civil no varía la protección que el afectado encontraría en el ordenamiento jurídico si hubiera sufrido un daño material, es más, podemos entender que la no exigencia de la condición de consumidor de quien soporta el daño implica una mayor extensión en la protección de los daños personales frente a los daños materiales por bienes o servicios defectuosos.

### **3.4 Daños causados por conductas discriminatorias: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad y Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social**

Los dos textos normativos españoles de mayor importancia que pretenden solucionar discriminaciones por razón de sexo y discriminaciones por discapacidad son, respectivamente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad<sup>194</sup> y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

En cuanto a la primera norma, la Ley Orgánica 3/2007, debemos comenzar indicando que esta Ley intenta poner solución a la realidad de que la igualdad de trato entre hombres y

---

inmuebles, el gas y la electricidad, de forma que el conflicto en la aplicación de las leyes excluye la responsabilidad por servicios. Por otra parte, según el art. 10 LRPD, los daños resarcibles son los daños materiales, con exclusión de aquellos sufridos por el propio producto. En cambio, la LGDCU establece una responsabilidad que alcanza a «... los daños y perjuicios demostrados...» (art. 25) y, por tanto, a cualquier tipo de daño personal o material, incluidos los producidos en los propios bienes defectuosos, siempre que realmente existan, es decir, si puede probarse su existencia. Incluso deben entenderse comprendidos los daños morales. Esta amplitud en la consideración del daño hace que esta norma sea más favorable al consumidor que la LRPD”.

<sup>194</sup> CAÑIZARES LASO, A. (2016), “El tránsito de los derechos civiles de la mujer desde el franquismo al siglo XXI”, en VERGE MESTRE, T., GARCÍA RUBIO, M. P., CAÑIZARES LASO, A., TORBISCO CASALS, N., GOOS, C. (autores), *Jornada sobre Derecho privado y género. Acto en recuerdo de la doctora Ariadna Aguilera Rull*, Indret (www.indret.com), p. 24, “[e]n defensa del principio de igualdad de trato a mujeres y hombres y la lucha contra la discriminación se debe destacar el impulso de la UE que ha propiciado importantes reformas en el Derecho interno de los Estados. En concreto, la Directiva 76/207/CEE, de igualdad de trato de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales, a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministro; o la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Concretamente en España se aborda su trasposición con una disposición de alcance general, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que resulta ser una ley emblemática destinada a abordar la consecución de la igualdad sustancial entre mujeres y hombres”.

mujeres hoy por hoy en nuestro país, aunque resulte increíble, no es efectiva, no siendo nuestro Derecho civil una excepción<sup>195</sup>.

Sin embargo, en lo que se refiere al resarcimiento del daño moral que pueda derivar de conductas discriminatorias surgidas en un proceso de contratación, la Ley Orgánica 3/2007 no realiza mención alguna en su articulado, aunque sí hace referencia en su artículo 72.1 a la posibilidad genérica de que se originen daños derivados de conductas discriminatorias acontecidas durante la formalización de un contrato, indicándose a su vez en el artículo 69 que “todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”, lo que no afectará a la libertad de contratación, siempre que dicha elección no venga determinada por el sexo de la persona, siendo además admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando se encuentren justificadas por un propósito legítimo<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2007), *Comentarios a la Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, p. 28: “El principio de igualdad de trato no puede tener zonas de exclusión, ni siquiera cuando se trate de particulares. Se confirma la eficacia de este derecho fundamental en las relaciones patrimoniales entre particulares”; INFANTE RUIZ, F. J. (2008), “La protección contra la discriminación mediante el Derecho privado”, *Indret 2/2008* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 4 y 5, “[u]n principio general de igualdad de trato en el derecho civil no existe. Si un librero decide poner los precios más altos a los profesores universitarios o simplemente excluirles de la contratación, en principio, la conducta no provocará la reacción del ordenamiento jurídico. ¿Y si es el único librero que proporciona los libros de física cuántica en toda la ciudad? ¿Hay supuestos, pues, en la contratación privada, en los que la conducta de un contratante puede ser contraria al principio de igualdad, a pesar del principio de autonomía de la voluntad? ¿Hasta dónde llega el principio de la libertad contractual frente al de igualdad de trato? ¿Puede la formulación del principio de prohibición contra la discriminación del derecho del trabajo suministrar algún modelo para el derecho privado general? ¿En el acceso y suministro de bienes y servicios cuándo hay discriminación por motivos de raza, origen étnico o sexo, si el principio de libertad contractual permite contratar o no contratar con quien se quiera? En otras palabras: ¿puede un empresario dejar de suministrar bienes (o contratar) a las personas de un determinado color, o a las mujeres? Y, en los contratos de seguros, ¿dónde se encuentra la frontera entre la discriminación “actuarial” basada en razones estadísticas y la discriminación ilegítima por cualquiera de estas razones? El tema de la tutela contra la discriminación a través del derecho privado ha sido durante largo tiempo un desconocido para la ciencia del derecho civil, salvo cuando la actuación del sujeto privado suponía la vulneración de alguno o algunos de los derechos fundamentales de otro”; LEIBLE, S. (2009), “La discriminación en el derecho comunitario”, en FERRER VANRELL, M. P., MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (coordinadores), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Dykinson, Madrid, p. 193, “[d]e todos modos también está claro que la autonomía privada no rige ilimitadamente, sino que puede ser limitada por principios contrarios a ésta. La libertad contractual puede verse limitada en interés del bien común y para la protección de bienes jurídicos individuales, y el legislador está llamado, por razón de su mandato democrático, a realizar una determinación de las mismas. Y a estas limitaciones pertenece también justamente el principio del trato igualitario de las personas”.

<sup>196</sup> Sobre la generalidad implícita al concepto “propósito legítimo”, NAVAS NAVARRO, S. (2009), “Negativa a contratar y prohibición de discriminar (derecho comunitario y derecho español”, en FERRER VANRELL, M. P., MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (coordinadores), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Dykinson, Madrid, p. 223, “[o]tra cuestión es

De los artículos 72.1 y 69 se desprende que esta Ley Orgánica contempla que toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito distinto de la vida privada o familiar se verá obligada a ejercer sus actividades cumpliendo el principio de igualdad entre hombres y mujeres pues, en caso contrario, la Ley abarca la posibilidad de resarcir los daños que puedan derivar de conductas discriminatorias acontecidas durante la contratación, pero sin especificarse qué daños son los que pueden ser resarcidos.

Consideramos que la falta de mención al daño moral en el articulado de la Ley Orgánica de Igualdad carece de justificación, primero por la actualidad de su redacción (año 2007) y segundo porque entendemos que si hay un daño que seguro puede derivar de una discriminación, bien sea por razón de sexo o bien sea por otra causa, es el daño moral<sup>197</sup>,

---

el debido entendimiento de la expresión «propósito legítimo». El considerando núm. 16 de la Directiva 2004/113/CE nos pone sobre la dirección correcta a la hora de desentrañar qué ha querido decir el legislador comunitario al respecto. En él se advierte que pueden constituir supuestos de propósitos legítimos, por ejemplo, la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo (creación de refugios para personas de un solo sexo), razones de intimidad y decencia, promoción de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres, libertad de asociación, organización de actividades deportivas. En el derecho español, dado el concepto jurídico indeterminado empleado, será una cuestión que deberá analizarse caso por caso”.

<sup>197</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. (2007), “Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, enero-diciembre 2007, pp. 163 y 164, “[e]videntemente, son indemnizables tanto los daños patrimoniales como los daños morales o extrapatrimoniales. Ambos pueden darse en situaciones de discriminación, aún cuando el daño moral es especialmente característico de este tipo de situaciones por la particular lesión a la dignidad de la víctima que supone toda conducta discriminatoria. En ninguno de los dos casos se puede establecer límites apriorísticos a la indemnización pues, aunque nada se diga al respecto en el texto español, conviene recordar que el art. 8.2 *in fine* de la Directiva, recogiendo el criterio de la jurisprudencia comunitaria en materia anti-discriminación, establece que “la fijación de un límite máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización”, lo cual impide a los Estados miembros dar validez a cualquier tipo de limitación. Esto significa que si, por ejemplo, un banco niega un préstamo a una cliente por el hecho de ser mujer violando con ello la prohibición de discriminación, de modo que la mujer en cuestión no puede llegar a celebrar un contrato a término para el que requería el dinero del préstamo, el banco deberá indemnizar todos los daños derivados de la pérdida del negocio”; AGUILERA RULL, A. (2013), *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 325 y 326, “[e]l daño moral es especialmente característico en supuestos de discriminación. Por esta razón parece adecuada la novedad que, de aprobarse, hubiera introducido el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en su artículo 25: “1. La persona que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo dos de esta Ley responderá del daño causado. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de un daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. Serán, en todo caso, daños morales indemnizables los que son fruto del atentado contra la dignidad de la víctima. Sin embargo, no sólo aquellas conductas discriminatorias que supongan al mismo tiempo un atentado al honor ocasionan daños morales. El trato discriminatorio, incluso aquel que no atenta contra la dignidad de la víctima, bien porque se trate de un supuesto de discriminación estratégica, en la que el discriminador no trata de forma vejatoria al discriminado o de discriminación indirecta, puede provocar perjuicios no patrimoniales. Para empezar la frustración, incertidumbre y preocupación provocadas por las dificultades

siendo un claro ejemplo de ello la redacción del Borrador del Marco Común de Referencia, pues no podemos olvidar que ACQUIS GROUP optó por indicar en el artículo 2:104<sup>198</sup> que si una persona es objeto de discriminación en contra de lo establecido en el artículo 2:101 (donde se expone el derecho a no ser objeto de discriminación), sin perjuicio de los remedios disponibles en el Libro VI de este mismo Texto (responsabilidad extracontractual por daños causados a terceros) tiene a su disposición los recursos por incumplimiento de la obligación del Libro III, Capítulo 3 (incluidos los daños patrimoniales y no patrimoniales), debiendo ser cualquier reparación realizada proporcional al perjuicio causado, pudiendo ser tomado en consideración el efecto disuasorio provocado por dichas reparaciones<sup>199</sup>.

---

que la persona discriminada puede tener para obtener unos bienes tan importantes para un individuo como una vivienda, un crédito, un seguro de vida o médico. En los casos en que no se producen daños patrimoniales relevantes, porque la negativa discriminatoria a contratar lo que conlleva es la pérdida de una oportunidad de disfrute, como sucede en el acceso a discotecas, bares o restaurantes, la indemnización de los daños morales debería compensar dicha pérdida. En las discriminaciones que tienen lugar en el sector de la vivienda, un daño inmaterial indemnizable podría ser la incomodidad que puede causarle a la víctima verse obligada a comprar o arrendar el inmueble en un barrio, que esté situado lejos de su puesto de trabajo, por la imposibilidad de obtener un piso en el distrito preferido por ella”; INFANTE RUIZ, F. J. (2014), “Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado”, en MESA MARRERO, C. (directora), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 233, “[p]or otra parte, como quiera que la discriminación afecta a la dignidad de las personas que la sufran, la indemnización también podrá extenderse al daño moral. Recuérdese una vez más que la ley exige que sea una indemnización proporcionada. La indemnización podrá aplicarse tanto en los casos en que exista un incumplimiento del contrato (responsabilidad contractual) como en los que exista una negativa a contratar (responsabilidad extracontractual)”; AGUILERA RULL, A. (2015), “Daño moral por discriminación”, en GÓMEZ POMAR, F., MARÍN GARCÍA, I. (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, p. 632, “[a] pesar de la heterogeneidad de las conductas discriminatorias, éstas reúnen unos rasgos comunes en cuanto a los daños morales que producen. Se trata de daños morales puros –que son el resultado de lo que la doctrina americana define como una subcategoría de los *dignitary wrongs*–, de padecimientos como la humillación, angustia, temor, frustración, que no comportan necesariamente una enfermedad psíquica y no son, por tanto, ni médicamente constatables ni evaluables”.

<sup>198</sup> Artículo 2:104 DCFR: “(1) If a person is discriminated against contrary to II. -2:101 (right not to be discriminated against) then, without prejudice to any remedy which may be available under book VI (Non-contractual liability for damage caused to another), the remedies for non-performance of an obligation under Book III, Chapter 3 (including damages for economic and non-economic loss) are available. (2) Any remedy granted should be proportionate to the injury or anticipated injury: the dissuasive effect of remedies may be taken into account”.

<sup>199</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2010), “Comentario al art. 2:104 DCFR”, en VON BAR, C., CLIVE, E. (editors), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference*, vol. 1, edición de 2010, Oxford University Press, New York, p. 189, “[p]aragraph (1) of the article clarifies that the right to claim damages for loss includes non-economic loss in the sense of III.-3:701 (right to damages) paragraph (3). Because of the nature of discrimination, it may be extremely difficult in a large number of cases to prove that an economic loss has been suffered. Above all, discrimination violates human dignity. Therefore, it usually causes a non-economic loss”; LEIBLE, S. (2008), “Non-discrimination”, en SCHULZE, R. (editor), *Common frame of reference and existing EC contract law*, Sellier, Munich, p. 141, “[t]hus, the basic remedy under the ACQP is compensation. But the right to compensation must be supplemented, if necessary, by further remedies, in order to remove the consequences of an unjustified discrimination. One can think, for instance, of the possibility to adapt the contract, to claim its invalidity, or the right to terminate it. All those rights are, however, also granted by the remedies for non-performance of an obligation in Book III, Chapter 3 of the DCFR”; señalando la predisposición al padecimiento de daños morales por el sufrimiento de conductas discriminatorias, pero mostrándose en

Nuestra reflexión fue compartida por el legislador nacional en la derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de los Discapacitados ya que en su artículo 18.<sup>200</sup> sí se recogía el daño moral, especificándose que este daño sería apreciado con independencia de los perjuicios económicos que pudieran acontecer por la conducta discriminatoria, dando además para ello dos pautas de valoración. Primero, la reclamación del daño no se vería limitada en su cuantía y, segundo, el daño moral se valoraría atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión, es decir, no sólo se reconoció el posible resarcimiento de daños extrapatrimoniales sino que también se incidió en la autonomía que debía poseer el resarcimiento de estos daños.

Además, el legislador parece haber optado por mantener la referencia al daño moral mencionada, pues el artículo 75.2 del vigente Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, posee exactamente la misma redacción que el mencionado artículo 18.2 de la derogada Ley 51/2003.

Por lo tanto, podemos sumarnos a la opinión vertida por DÍAZ ALABART, quien sostiene que el artículo 18 de la Ley 51/2003 fue uno de los escasos preceptos de nuestra legislación en los que además de mencionar el daño moral se recogen indicaciones para su valoración<sup>201</sup>, lo que resulta extrapolable al artículo 75.2 del Real decreto Legislativo 1/2013.

---

contra de la mención expresa realizada a este daño por el DCFR, GIMÉNEZ COSTA, A. (2012), "La no discriminación", en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (coordinadores), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Vol. I, Atelier, D.L., Barcelona, p. 164, "[s]e trata de un único precepto que pretende alcanzar todas las consecuencias jurídicas frente a una actuación discriminatoria, con el fin de garantizar la indemnidad de la víctima de la discriminación. Además, añade dos características que deben tener dichos remedios, por un lado, han de ser proporcionales al perjuicio causado, y por otro, deben perseguir el fin último de disuadir futuras conductas discriminatorias. Asimismo, puntualiza, aunque no creemos que fuera necesario, que se deben reparar tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales, es decir, los morales, muy habituales en las conductas discriminatorias que se tratan de sancionar y reparar, ya que en la mayoría de los casos, además de un trato discriminatorio contrario al principio que evaluamos, se habrá producido un acto contrario a la dignidad humana. Otra cuestión distinta es la difícil prueba que este tipo de daños tiene, prueba que es absolutamente necesaria para demostrar su existencia y, por tanto, reclamar su indemnización".

<sup>200</sup> Artículo 18 de la derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de los Discapacitados: "La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado «a priori». La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión".

<sup>201</sup> DÍAZ ALABART, S. (2008), "La responsabilidad civil por discriminación de las personas por causa de su discapacidad (art. 18 Liondap)", en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, pp. 198 y 199, "[e]l art 18 LIONDAP es uno de los escasos preceptos en nuestra legislación en los que, además del daño patrimonial o económico, se menciona el daño moral y se indican algunos parámetros para su cuantificación. De acuerdo con la idea propia de la responsabilidad por culpa de la reparación integral, en el precepto se establece la prohibición de que la

Por todo lo mencionado, no podemos comprender cuales fueron las razones que provocaron que el legislador no continuase en 2007 la línea de actuación que había seguido en 2003 y que posteriormente ha mantenido en 2013 sobre los daños morales por conductas discriminatorias, ya que no solamente se limitaba a mencionar estos daños, sino que, como hemos visto, se redactaron unas nociones para su cuantificación así como la reivindicación del carácter autónomo del mismo al recoger el artículo 18.2 que el daño moral será independiente a los perjuicios económicos que puedan acontecer<sup>202</sup>.

En cualquier caso, entendemos que una conducta que sea sexualmente discriminatoria puede ocasionar daños morales en quien la sufre, aunque la Ley Orgánica 3/2007 no lo contemple expresamente en su articulado, máxime cuando es posible encontrar resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se recoge el daño moral por discriminación por razón de sexo, siendo un claro de ejemplo de ello el Punto 47 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2012, caso Hulea contra Rumanía, en el que se indica que “[e]n vista de lo que antecede, el rechazo del Tribunal de apelación de Bacu a conceder una indemnización al demandante por la violación de su derecho a no ser discriminado en el ejercicio de los derechos relativos a la vida familiar no parece reposar en razones suficientes. Al respecto, es irrelevante que el Tribunal de apelación no haya avanzado los motivos de naturaleza discriminatoria, en su

---

indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente (se sobreentiende que independientemente de que se trate de daño patrimonial o moral), *no estará limitada por un tope máximo fijado “a priori”*”; de igual forma, GARCÍA RUBIO, M. P. (2009), “La supuesta nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo en el ámbito del Derecho civil y mercantil”, *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, estudios de 2009 (<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/sommaire.php?id=57>), p. 20: “Evidentemente, ante conductas o negocios discriminatorios que produzcan daños son indemnizables tanto los daños patrimoniales como los daños morales o extrapatrimoniales. Ambos pueden darse en situaciones de discriminación, aún cuando el daño moral es especialmente característico de este tipo de situaciones por la particular lesión a la dignidad de la víctima que supone toda conducta discriminatoria. De hecho, en el artículo 18.2 de la ya mencionada Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados, se menciona expresamente el daño moral”.

<sup>202</sup> Compartiendo esta opinión, MESA MARRERO, C. (2014), “El derecho de daños desde una perspectiva de género”, en MESA MARRERO, C. (directora), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 304 y 305, “[s]in embargo, llama la atención que la LO 3/2007 no mencione expresamente la indemnización del daño moral, ni tampoco ofrezca criterios para su valoración. En cambio, hay otra norma de nuestro ordenamiento jurídico en materia de discriminación que sí prevé una regla en este sentido. Me refiero a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que en su art. 18.2 establece que “la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión”. Así pues, la referida Ley contempla los criterios que deben servir de guía al órgano judicial a la hora de realizar la valoración y cuantificación del daño moral, lo que permite en buena medida que las decisiones judiciales resulten más objetivas y ponderadas en este punto. Ante la falta de coherencia del legislador, tratándose de supuestos indemnizatorios de discriminación por razón de sexo, parece razonable admitir un principio de discrecionalidad que permita al órgano judicial hacer una estimación económica del daño moral sufrido por la víctima. Eso sólo es posible si se valoran adecuadamente todas las circunstancias concretas de cada caso y, particularmente, lo censurable de la conducta”.

decisión, si se negó, sin motivos suficientes, a reparar el daño moral causado por la discriminación sufrida por el demandante a causa del rechazo de la baja por paternidad”.

Una vez concluido que sí es posible la existencia de daños extrapatrimoniales por discriminación sexual pese a la no mención de éstos en la Ley Orgánica 3/2007, debemos señalar que en la práctica la mayor dificultad existente en estas situaciones radica en demostrar la producción de la discriminación que ha dado lugar al daño moral, dificultad que es aun mayor en la contratación privada donde debe prevalecer la libre voluntad de las partes y más aun en aquellos casos que se encuentran fuera del ámbito de actuación del mencionado artículo 69 de la Ley Orgánica 3/2007, es decir, dentro del ámbito de la vida privada y familiar<sup>203</sup>.

Sin duda, hay casos en los que la percepción de dicha discriminación es clara, como por ejemplo en pólizas de seguros que contemplen una prima mayor para los asegurados de sexo femenino que para los asegurados de sexo masculino por la posibilidad de embarazo y lo que éste conlleva (supuesto que la Ley Orgánica 3/2007 prohíbe en su artículo 71.2.). Pero existen otras situaciones en las que, lamentablemente, la discriminación acontecida no es fácilmente demostrable, por lo que habría que estar a la valoración de la prueba que efectuase el juzgador correspondiente.

Podemos concluir que aunque los avances en la eliminación de situaciones discriminatorias han sido significativos, aún siguen siendo insuficientes, entre otros motivos, porque como

---

<sup>203</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. (2011), “La discriminación por razón de sexo en la contratación privada”, en LÓPEZ DE LA CRUZ, L., OTERO CRESPO, M. (coordinadoras), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1100, “[l]a libertad de contratación atribuye al sujeto privado el poder de actuar jurídicamente, de modo que en principio sus actos serán válidos si lo ejercita de acuerdo con las reglas de forma y procedimiento establecidas por el ordenamiento. No obstante, a los efectos de determinar su validez, J. Delgado señala que respecto de aquellos actos jurídicos cuyo contenido puede ser determinado por el sujeto (en general, los negocios jurídicos), es preciso además que este contenido no contradiga normas superiores, añadiendo que la expresión más clara de esta exigencia es el art. 1255 CC. Pues bien, a los efectos que ahora nos ocupan, no creo equivocarme al decir que el art. 69.1 LOIMH constituye otra expresión de esa misma exigencia de coherencia con normas superiores del ordenamiento; GIMÉNEZ COSTA, A. (2014), “Medios de la tutela y consecuencias jurídicas de una actuación contraria al principio de no discriminación por razón de género en la contratación privada”, en PASTOR GOSÁLBEZ, M.<sup>a</sup> I., ROMÁN MARTÍN, L., GIMÉNEZ COSTA, A. (coordinadoras), *Integración europea y género*, Tecnos, Madrid, p. 247, “[a]demás, no debemos olvidar que la indemnización debida por los daños y perjuicios sufridos por la parte discriminada debe ser real, efectiva y proporcional, características a las que no se podría dar cumplimiento de no sostener una postura intermedia respecto a la legitimación activa. En conclusión, están legitimados para reclamar daños y perjuicios tanto quien es parte de la relación contractual, como quien puede llegar a ser parte potencial de la misma. Pero, igualmente, debemos considerar que están también legitimadas aquellas personas que sin ser parte del contrato tienen una estrecha relación con la situación discriminatoria en particular. En cuanto a los requisitos o características que debe tener la indemnización, que según establece el artículo 10 LOI hace referencia a que la indemnización debe ser real, parece que quiere señalar que deben indemnizarse los daños realmente producidos, eso sí, tanto los de carácter material, económico patrimonial, como también el daño moral o extrapatrimonial –los más habituales en este tipo de conductas antidiscriminatorias–, si bien, como es obvio, es imprescindible para su reconocimiento la existencia efectiva del daño”.

resalta parte de la doctrina, la erradicación de tales injusticias solamente será posible cuando se desarrolle un sistema de medios que permitan proteger y hacer efectivos todos aquellos derechos que nuestra legislación actual contempla<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> En esta línea encontramos a LEIBLE, S. (2006), "Non-discrimination", en FUCHS, A. (issue editor), *Special Issue. European contract law*, ERA, Brussels, p. 84: "Legal regulation against discrimination can only be effective if the legal system provides the persons affected with efficient remedies to vindicate their rights. Hence, there is a need for very specific provisions on remedies in case of discrimination"; SCHIEK, D. (2012), "European Union non-discrimination law: a multidimensional perspective", en CAMACHO CLAVIJO, S., DE LAMA Y AYMÁ, A. (coordinadoras), *Iguales y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 80, "[t]he observations of EU legislation and case law revealed, however, that oftentimes formal conceptions of equality (supported by minuscule definitions both in legislation and case law) prevail. The urge to change this state of affairs by lobbying for very narrowly worded pieces of legislation is fully understandable. Alas, this way is not a promising route towards a truly multidimensional equality law which has impacts in social practice. Social actors working for equality law, within courts, parliaments and in civil society, will have to maintain efforts to align the fundamental value base of the growing body of EU equality law with priority, leaving minute developments to decisions in individual cases"; INFANTE RUIZ, F. J. (2013), "El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 30, enero-abril 2013, p. 192, "[a] pesar de la inclusión expresa en el ordenamiento jurídico de la prohibición de discriminar por cuestión de sexo en las relaciones jurídicas civiles, su aplicación en la realidad socio-jurídica es todavía muy escasa. Desde el año 2004, se percibe de manera muy clara que el derecho privado no puede asentarse exclusivamente sobre el principio liberal de libertad contractual, sino que deberá conformarse igualmente sobre el principio social de igualdad, y muy especialmente la igualdad entre hombres y mujeres. Aunque nos encontramos, ciertamente, ante un giro copernicano del sistema jurídico, ello todavía no se complace con su apreciación sustancial en la judicatura y el foro. Pese a que el nuevo derecho antidiscriminatorio se ha gestado mediante un aceptable nivel técnico, cuestión tal vez más difícil de mantener de cara a la regulación española por su escasa preocupación por cuestiones sistemáticas, su penetración en la realidad socio-jurídica es todavía pobre, lo que muestra un lento proceso de desarrollo"; FIGUERUELO BURRIEZA, Á. (2014), "Mujer, Constitución Europea y Tratado de Lisboa", en PASTOR GOSÁLBEZ, M.<sup>a</sup> I., ROMÁN MARTÍN, L., GIMÉNEZ COSTA, A. (coordinadoras), *Integración europea y género*, Tecnos, Madrid, p. 85, "[a] pesar del impulso importante que recibe el principio de igualdad procedente del Derecho derivado y de la práctica de las instituciones europeas es de lamentar una mayor implicación en el tema por parte del Derecho originario. Entre las debilidades a señalar destaca la falta de alusiones explícitas a la igualdad real y efectiva en los Tratados y la formulación relativamente ambigua de la igualdad de mujeres y hombres entre los valores de la Unión. También destaca la falta de regulación en el Derecho originario de materias importantes que tienen que ver con el carácter transversal de la igualdad de género como pueden ser la conciliación, la educación, los estereotipos sexistas, los medios de comunicación... Otra asignatura pendiente en los Tratados y en la Carta de Niza de 2000 es la omisión de la participación equilibrada (*empowerment*) de mujeres y hombres en la toma de decisiones, tanto políticas como económicas"; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M. (2015), *Derecho civil constitucional. Selección de textos*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 209 y 210, "[d]espués de los anteriores razonamientos, a mí me parece que los mecanismos de discriminación compensatoria esenciales son los que se refieren a los derechos de participación efectiva en la vida económica y política: la paridad en los organismos públicos debe venir acompañada de la paridad en el gobierno de la economía, y en instrumentos de participación política tales como las llamadas listas cremallera. A la vista de mi planteamiento, no concibo como nadie pueda sostener una supuesta inconstitucionalidad de la configuración paritaria de los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas en Bolsa, o argüir contra las citadas listas. Afirmando esto, no hablemos sólo en clave de igualdad sustancial, pues puede ser insidiosamente reducida la consideración de la mujer como un colectivo desfavorecido más. La lucha es por la participación, esto es, por la ciudadanía. Es la misma que la de las sufragistas, y en el recuerdo de su tenaza grandeza confiamos muchas y muchos para la victoria de una nueva generación de «ángeles con dientes de acero». Que si la Historia nos ha revelado la esencia del problema, de la Historia tenemos que aprender la solución"; en contra de la ampliación del ámbito de



### 3.5 Responsabilidad civil derivada de delito

#### 3.5.1 Libro I, Título V del Código Penal

Como es sabido, una de las principales referencias al daño moral en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el Código Penal y, más concretamente, en sus artículos 110 y 113 (constituyendo la mención expresa a los perjuicios morales la principal diferencia del artículo 110 con su equivalente del anterior Código penal de 1973<sup>205</sup>), no siendo de aplicación estos artículos en todos los ilícitos penales, ya que las únicas infracciones susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquellas en las que el hecho acontecido

---

aplicación de la normativa sobre antidiscriminación, LEHMANN, M. (2009), “La prohibición de la discriminación en los derechos nacionales”, en FERRER VANRELL, M. P., MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (coordinadores), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Dykinson, Madrid, p. 206, “[l]os razonamientos precedentes han dejado entrever determinadas tendencias de los derechos nacionales, a través de las cuales se desarrollará la protección contra la discriminación. De un lado existe una propensión a la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho antidiscriminación. Por otro lado se ha hecho visible una tendencia a la ampliación de los motivos de discriminación prohibidos. Sin embargo, este desarrollo no puede continuar de manera ilimitada. Si el ámbito de aplicación de la prohibición de la discriminación se amplía cada vez más y los motivos de discriminación prohibidos se multiplican constantemente, crece la necesidad de suavizar las asperezas a través de causas de justificación. Esto sirve por ejemplo por el perjuicio debido a la edad, que en muchas circunstancias puede resultar legítima. Con ello se traza una frontera para la ampliación de las prohibiciones de discriminación: Éstas no se pueden ampliar indefinidamente sin que pierdan al mismo tiempo su estricta aplicabilidad. El precio de la ampliación del Derecho antidiscriminación es la multiplicación de las causas de justificación. Una prohibición general de la discriminación se tendría que dotar con tantas posibilidades de justificación que quedaría vacío de contenido. Por tanto, las diferencias entre los distintos ordenamientos nacionales por lo que se refiere al ámbito de aplicación de las leyes antidiscriminación y los motivos de discriminación prohibidos afectan en la práctica menos de lo que la formulación legal pueda hacer presuponer. La ampliación del derecho antidiscriminación se limita en cierta manera por sí sola”.

<sup>205</sup> QUINTERO OLIVARES, G., TAMARIT SUMALIA, J. M. (2005), “Comentario al art. 110 del CP”, en MORALES PRATS, F. (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 600, “[e]l artículo 110 CP mantiene sustancialmente el texto del artículo 101 CP/1973, con la sola salvedad de que el núm. 3 especifica que la indemnización de perjuicios alcanza a los *materiales y morales*, aclaración ausente en el texto anterior. Continúa así con una definición del objeto de la responsabilidad civil que data de los textos del siglo XIX y enlaza con tres conceptos que a su vez son de naturaleza esencialmente jurídico-civil, lo que no significa nada más que su naturaleza es preponderantemente civil y, lo que es más importante, que en aquello que no especifique el Código Penal –ya sea en este Título, ya en el Libro II (por ejemplo, lo dispuesto en el art. 227.3 CP)- habrá que estar a lo dispuesto en el Código Civil”; MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2010), *Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia)*, I, parte general (artículos 1 a 137), Comares, Granada, p. 804, “[a]unque varía la referencia a la responsabilidad, el artículo 110 del Código Penal de 1995 coincide sustancialmente con el artículo 101 del Código Penal de 1973, continuador a su vez de una línea iniciada en el artículo 115 del Código penal de 1948. Se incluyen en tal responsabilidad tres partidas: la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios materiales y morales (una doble calificación que el Código anterior retrasaba hasta su artículo 104)”.

además de encontrarse tipificado en el Código Penal constituye un ilícito civil generador de un daño de esta naturaleza<sup>206</sup>.

Algunos autores mantienen que el uso que emplea el Código Penal de los términos “daño” y “perjuicio” en su artículo 110 no es casual, lo que se encuentra acentuado con la atribución a los daños de “reparación” y a los perjuicios de “indemnización”, por lo que debe entenderse que ambos términos hacen mención a situaciones distintas<sup>207</sup>.

Sin embargo, otro sector con el que nos identificamos piensa que si bien es cierto que el Código usa ambos términos en su articulado esto carece de importancia, pues lo realmente relevante es que el Código abarca el resarcimiento íntegro de la víctima tanto en la vertiente patrimonial como en la moral, poseyendo en la práctica los conceptos “reparación del daño” e “indemnización de los perjuicios materiales y morales” significados equivalentes<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (1997), “Comentarios al art. 110 del CP”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (directores), en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, p. 1386, “[l]as únicas infracciones susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquellas en las que el hecho, además del daño criminal a ellos inherente, produce el daño: es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito, por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye a la vez un ilícito civil generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción correspondiente”; de igual forma, SEIJAS QUINTANA, J. A. (2007), “Responsabilidad civil. Principios y fundamentos”, en SEIJAS QUINTANA, J. A. (coordinador), *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Madrid, p. 48, “[l]a responsabilidad civil derivada de los delitos o de las faltas es otra de las fuentes de las obligaciones. Se rige por las disposiciones del Código Penal, según los arts. 1089 y 1092 del Código Civil, y como tal requiere para su aplicación la existencia de una condena en vía penal por delito o falta, lo que no ocurre cuando la causa termina con el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones sin condena, al ser la declaración penal previa el elemento determinante para que pueda surgir la acción civil”; GRANADOS PÉREZ, C. (2010), *Responsabilidad civil ex delicto*, La Ley, Madrid, p. 39, “[s]olamente podrá haber lugar a un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil cuando el hecho delictivo enjuiciado produzca un daño susceptible de ser reparado”.

<sup>207</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (1997), “Comentarios al art. 113 del CP”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (directores), en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, p. 1415, “[s]e plantea, entonces, el problema, en cuya solución hay pareceres encontrados de la diferencia, entre el daño y el perjuicio. Como quiera que no parece este lugar adecuado para entrar a fondo en las teorías que acerca de ello se han formulado, nos limitaremos a adherirnos a la que identifica el primero con el daño emergente, es decir, el de carácter material ya producido en el momento de la sentencia, o previsible, si es futuro, en su cuantificación, por haberse realizado los actos que darán lugar necesariamente al mismo, mientras que los perjuicios se identifican con el lucro cesante. Es decir, con el beneficio futuro que resulta de imposible obtención como consecuencia del delito”; MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M. (2004), *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 599, “[l]a indemnización de perjuicios incluye los materiales y los morales (art. 113 Cp). Al incluirse los perjuicios materiales puede producirse una cierta confusión con la reparación del «daño», por lo que sigue siendo útil acudir a la distinción entre *daño emergente* –equiparable al daño–, como el que resulta efectiva y materialmente en el objeto del delito, y *lucro cesante*, como equivalente al perjuicio (beneficios que dejan de obtenerse como consecuencia del delito, etc.)”.

<sup>208</sup> GRANADOS PÉREZ, C. (2008), “Daño civil derivado de delito”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, p. 342, “parece deducirse que el legislador se inclina por considerar daños los causados en las cosas y perjuicios los causados en las personas. Hay comentaristas del CP que siguen otro criterio, entendiendo que el daño será el sufrido por

El desarrollo del perjuicio moral mencionado en el artículo 110 se encuentra reflejado en el artículo 113 del CP en donde se contempla que la indemnización por estos daños comprenderá además de los causados directamente al afectado, los provocados a familiares o terceros<sup>209</sup>.

Podemos observar como el artículo 113 además de recoger los perjuicios morales de forma análoga al artículo 110, hace referencia a los sujetos que pueden verse afectados por tales perjuicios. Parece *communis opinio* que el principal destinatario del resarcimiento del daño moral es la víctima del mismo y que en caso de imposibilidad de ejercer la acción por ésta (bien sea por fallecimiento o bien por otra causa que imposibilite a la víctima para poder realizar la reclamación del daño moral padecido) la acción podría ser ejecutada por sus familiares, además de por aquellas personas que hayan sido directamente perjudicadas por la actuación delictiva, por lo que en la expresión “a terceros” que contempla el artículo 113 no puede incluirse los titulares de una acción de repetición ni aquellos que posean vínculos contractuales con la víctima<sup>210</sup>.

---

la víctima y derivado directamente del delito, mientras que el perjuicio sería su consecuencia indirecta y puede afectar a la víctima o a un tercero. Otras veces se identifica el daño con el daño emergente y el perjuicio con el lucro cesante. Lo que es esencial, independientemente del nombre utilizado, es que el legislador ha querido que los perjudicados sean indemnizados de una forma total, tanto en el orden material como en el moral, y tanto en lo que concierne al daño emergente como al lucro cesante”; ROIG TORRES, M. (2010), *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 110 y 111, “[l]a reparación del daño comprende, así, el ámbito de aplicación que tradicionalmente había correspondido a dos figuras distintas: la reparación –resarcimiento de daños causados en cosas– y la indemnización –compensación de los demás perjuicios materiales y morales derivados de la infracción–. Desaparecida la reparación en el sentido específico que acabamos de apuntar, que restringía en el ámbito penal el contenido atribuido a la indemnización en el CC al excluir de este concepto la compensación de los daños en cosas, los términos “reparación pecuniaria” e “indemnización” se utilizan ahora en su acepción civil genérica, como sinónimos de satisfacción económica. Al igual que en la ley civil, ambos conceptos son equivalentes, designándose con ellos la compensación económica de cualquier daño privado”.

<sup>209</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (2002), “Comentario al art. 110 del CP”, en DEL MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coordinadores), *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, tomo I, Comares, Granada, p. 1122, “[e]l desarrollo del art. 110 se lleva a cabo en los tres siguientes, que versan, respectivamente, sobre la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales”.

<sup>210</sup> De esta forma, SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (2002), “Comentario al art. 113 del CP”, en DEL MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coordinadores), *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, tomo I, Comares, Granada, p. 1130, “[s]i atendemos a la letra de este artículo 113 nos encontramos con que, legitimados para reclamar «la indemnización de los perjuicios materiales y morales», se encuentran *el agraviado, sus familiares y hasta un tercero*. Pues bien, en primer lugar, he de aclarar que sólo están legitimados para reclamar dentro del proceso penal los *directamente* perjudicados. Razón por la cual se ha venido rechazando la personación –como acusación particular o meramente como actor civil– de la empresa en la que el agraviado prestaba sus servicios, y que, como consecuencia del delito (homicidio, lesiones ...), ha tenido que cubrir su baja con otro empleado y/o abonarle ciertos salarios pese a su justificado absentismo laboral (ver, por ej., la SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª., núm. 358/1998, 24 nov.). En segundo lugar, en caso de que a consecuencia del delito o de la falta se produzca la muerte del agraviado, es necesario insistir en que la indemnización de los perjuicios morales no forma parte del «*ius hereditatis*»;

Tras haber analizado los artículos del Código Penal en los que actualmente se mencionan los perjuicios extrapatrimoniales, debemos preguntarnos si existe alguna diferencia en la apreciación e indemnización de los mismos con respecto al ámbito estrictamente civil.

La realidad es que la naturaleza del perjuicio moral es siempre la misma aunque derive de un ilícito penal y al no contener el Código Penal ninguna mención referente ni a su valoración ni a su prueba, podemos afirmar que todas las peculiaridades que presenta el daño moral en su prueba y en la fijación de su *quantum* económico en el ámbito civil es extrapolable al proceso penal<sup>211</sup>.

---

pues el dinero que por tal concepto se reclame no integraba el patrimonio del causante antes de su muerte; sino que el derecho a la reclamación nace, precisamente, a raíz de su óbito o defunción”; QUINTERO OLIVARES, G., TAMARIT SUMALIA, J. M. (2005), “Comentario al art. 113 del CP”, en MORALES PRATS, F. (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 610, “la jurisprudencia ha señalado que «terceros sólo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición, ni los que estén enlazados con la víctima con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible y que, en realidad, no derivan de él sino de la sentencia condenatoria». Esta matización sirve al Tribunal Supremo para delimitar los casos en los que el Estado tiene la condición de «agraviado» (como sucedería, por ejemplo, en el delito de malversación de caudales públicos) de aquellos otros en los que el perjuicio sufrido por el Estado tiene un carácter meramente potencial o indirecto al verse privado de cantidades que le eran debidas, sin que se haya llegado a actualizar el perjuicio”; GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2006), “Responsabilidad civil”, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (director), *Práctica jurisprudencial del Código penal. Análisis temático y sistemático de jurisprudencia penal*, tomo I, pp. 587 y 588, “la regla general en este caso consiste en entender agotada la responsabilidad civil por este concepto en la satisfacción indemnizatoria de la víctima. Por otra parte, este resarcimiento también debe considerarse que irradia y compensa a las personas que constituyen su círculo familiar o afectivo inmediato partiendo de la base de la existencia de un vínculo de solidaridad familiar, y esta perspectiva incluso puede constituir un factor relevante para determinar el “*quantum*” indemnizatorio. Es cierto que el adverbio “también” empleado por el legislador, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, prevé la indemnización a favor de los familiares o terceros además de la correspondiente al propio agravado, pero ello no significa que en todos los supuestos, tanto desde el punto de vista del objeto como de los titulares de la misma, deba producirse dicha concurrencia, siendo compatible por ello también con el texto legal el alcance de éste delimitado más arriba, pues de seguirse un criterio extensivo en los límites subjetivos de la indemnización resultarían prácticamente inalcanzables”; MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2010), p. 815, “los perjuicios pueden afectar tanto al agraviado, o sujeto pasivo de la infracción, como a otras personas, bien sean sus familiares, bien se trate de terceros (con las limitaciones que se indicaran más adelante). El espíritu de dicho precepto es claramente extensivo, siendo deseo del legislador que los perjudicados sean indemnizados de forma total, tanto en el orden material como en el moral, y tanto en lo que concierne al daño emergente como al lucro cesante”.

<sup>211</sup> SERNA MEROÑO, E. (2000), “Comentario al art. 113 CP”, en COBO DEL ROSAL, M. (director), *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, artículos 95 a 137, p. 288, “[a]dmítida la reparación de los daños morales, el problema se plantea en la valoración de los mismos, puesto que no pueden calcularse sobre la base de criterios predeterminados más o menos precisos como en el caso de los daños materiales. En efecto, los daños morales, por su propia naturaleza, carecen de una posible determinación precisa”; MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J. (2004), “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales”, en MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J. (director), *Responsabilidad civil “ex delicto”*, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Madrid, p. 176, “[d]e tal manera que las bases para fijar el “*pretium doloris*” por los sufrimientos psicológicos generados por las lesiones sufridas y las secuelas originadas por éstas puede decirse que las constituyen la propia

Aunque tal y como hemos señalado, las dificultades que presenta el daño moral son similares tanto si su origen es civil como penal, debemos mencionar que el Tribunal Supremo en el ámbito penal facilita el reconocimiento de estos daños al asociarlos directamente con determinados tipos de delito<sup>212</sup>. Una muestra de ello, la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992 (FJ. 5º), donde se indica que “[e]n ocasiones, el daño moral, el dolor o el sufrimiento que produce la pérdida de una persona muy próxima en la relación parental o relación de análoga afectividad, o la propia incapacitación del que sobrevive a la lesión, no necesitan ser probados porque es ésta una circunstancia tan notoria que debe estar exenta de la obligación de prueba”<sup>213</sup>.

---

descripción de esas lesiones y su tiempo de curación y sus secuelas, ya que no existe baremo o referencias preestablecidas que puedan objetivar la evaluación económica de un daño de esta naturaleza, razón por la cual, el Tribunal ejerce, en efecto, una legítima discrecionalidad al decidir el monto de la indemnización por tal concepto”; SÁNCHEZ MELGAR, J. (2010), “Comentario art. 113 CP”, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepín, Madrid, p. 800, “[c]uando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones”.

<sup>212</sup> ROIG TORRES, M. (2010), p. 223, “[e]l TS ha considerado que los daños morales son inherentes a determinadas infracciones, acordando su indemnización a favor del perjudicado sin necesidad de que éste acredite su existencia”.

<sup>213</sup> En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Supremo número 1/2007, de 2 de enero, FJ. 2º, “[e]n cuanto se refiere, finalmente, a la solicitada indemnización del daño moral –rechazada por el Tribunal de instancia porque «los factores que podrían valorarse o ponderarse están inmersos en el tipo y sirven en todo caso para calificarlo» (v. F. 6º «in fine») –no resulta aceptable la razón alegada por el Tribunal de instancia para rechazarla. La antijuridicidad de la acción, desde el punto de vista de la tipicidad penal, debe encontrar la adecuada respuesta en el marco jurídico-penal, conforme a la correspondiente calificación jurídica, en tanto que la indemnización a la víctima, dentro del correspondiente marco jurídico, habrá de resolverse conforme a los oportunos criterios jurídico- privados, siendo de destacar, a este respecto, que, según se previene en el art. 110.3º del Código Penal, la responsabilidad civil «*ex delicto*» (v. arts. 1089 y 1092 del Código Civil) comprende «la indemnización de perjuicios materiales y morales», precisándose, luego, en el art. 113 del Código Penal que dicha indemnización «comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros». Consiguientemente, la acción penal y la civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que, por tanto, la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni a la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil «*ex delicto*», cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación (v. arts. 108 y 111 de la LECrim) no exige, para su efectividad, más que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causado por el delito o falta cometidos. Y, en este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó, el 20 de diciembre de 2006, el siguiente acuerdo: «Por regla general, no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales, y es compatible con el artículo 250.1.6º del Código Penal”; Sentencia del Tribunal Supremo número 28/2009, de 23 de enero, FJ. 9º, “[l]os daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas

Entendemos que la opción elegida por el Alto Tribunal de asociar el daño moral de manera prácticamente directa a la comisión de determinados delitos es una opción realmente positiva pues, como es evidente, facilita la prueba de la víctima del delito ya que, tal y como se desprende de las resoluciones mencionadas, el daño moral no tiene porque manifestarse en alteraciones patológicas o psicológicas por lo que la falta de prueba de existencia de las mismas no debe ser óbice para su resarcimiento.

Podemos concluir que el daño moral *ex delicto* y el daño moral ocasionado por infracción civil poseen las mismas características intrínsecas en su naturaleza. En cuanto al porqué de que mientras que en el Código Penal se hace mención a los perjuicios morales, en el Código Civil se excluye cualquier referencia a los mismos (a parte de que evidentemente la redacción del actual Código Penal es bastante posterior al Código Civil), pensamos que puede deberse al principio de legalidad que caracteriza a nuestro ordenamiento penal, siendo su máximo exponente el artículo 2.1 del Código.

### **3.5.2 Daño moral causado por menores de edad**

#### **3.5.2.1 Responsabilidad civil en mayores de 14 años: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores**

La Ley Orgánica 5/2000 regula en su Título VIII la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo cometido por un menor de edad, recogiendo el apartado tercero del artículo 61 todos los sujetos que deberán responder en nombre del menor autor de tales hechos. Podemos observar como la Ley Orgánica 5/2000 opta por la opción de que la responsabilidad civil derivada de un acto delictivo cometido por menores de edad sea solidaria de éstos junto a sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, siempre y cuando tales menores hayan sobrepasado los 14 años de edad, ya que recordemos que el artículo 3 de la citada Ley indica que cuando el autor de los hechos sea menor de 14 años no se le podrá exigir responsabilidad con arreglo a la presente Ley sino que le será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.

Asistimos por lo tanto a una responsabilidad civil objetiva de los padres, tutores, acogedores y guardadores del menor, que puede verse moderada según el caso por el juez que corresponda, pero nunca excluida, todo ello con la clara intención del legislador de garantizar el resarcimiento civil de la víctima, siguiendo de esta forma la línea que ya contemplaba el Código Penal con anterioridad a la redacción de esta Ley en sus artículos 118 y 120<sup>214</sup>.

---

que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos”.

<sup>214</sup> COLÁS TURÉGANO, A., VILARDELL MIR, O. (2007), “Aspectos sustantivos y procesales del régimen de responsabilidad civil en la LO 5/2000 (modificada por LO 8/2006 de 4 de diciembre), reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Estudios penales y criminológicos*, N° 27, pp. 150 y 151, “nos

Ahora bien, cabe cuestionarse la solidaridad entre los agentes responsables del menor que contempla el apartado tercero del mencionado artículo 61, ya que el texto de éste contiene la expresión «por este orden», lo que ha llevado a autores como RODRÍGUEZ LÓPEZ a sostener que el artículo 61.3 de la LORPM opta por un régimen de responsabilidad en el que los padres responden en primer lugar, seguidos de los tutores, los acogedores y finalmente los guardadores legales o de hecho, por lo que únicamente en defecto de los padres la guarda del menor corresponderá a alguno de los otros sujetos enumerados en el artículo 61.3<sup>215</sup>.

---

hallamos ante una responsabilidad solidaria lo cual se traduce en que la acción puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o incluso contra todos ellos, simultánea o sucesivamente en tanto no resulte cobrada la deuda en su totalidad (art. 1144 C.c.). La responsabilidad es, asimismo objetiva, pues los responsables no van a poder exonerarse aunque hayan actuado con la diligencia debida sin perjuicio de la facultad moderadora del juez, según lo expuesto”; POZUELO PÉREZ, L. (2008), “Comentario al art. 61 de la LO 5/2000, de 12 de enero”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J. (director), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Civitas, Navarra, p. 551, “[e]ste modelo de responsabilidad civil, que ha sido calificado por la propia LRPM como «revolucionario» ha sido valorado por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia como un sistema que permite, por un lado, amparar mejor los derechos de las víctimas, al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndoles también frente a la bastante frecuente insolvencia del menor infractor, asegurándoles así, mediante un sistema objetivo, sin fisuras, ni excusas, la indemnización de los daños sufridos. Por lo que se refiere a los padres, tutores, guardadores y acogedores se afirma que con este sistema se pretende una mayor implicación por su parte en el proceso de socialización de los menores imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por las transgresiones del conjunto de deberes que tiene sobre ellos. La idea de que la responsabilidad civil solidaria establecida por la LRPM es objetiva o cuasi-objetiva se encuentra extendida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de forma que la posibilidad de moderación de esa responsabilidad cuando los padres, tutores, acogedores o guardadores no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave tan sólo puede suponer una reducción, pero nunca una exclusión de dicha responsabilidad”; BONILLA CORREA, J. Á. (2009), *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 290, “[e]l Código Penal de 1995, en el art. 118, establece la responsabilidad de quienes los tengan –a los inimputables- bajo su potestad o guarda legal o de hecho, y el art. 120 declara la responsabilidad subsidiaria de los padres por los daños y perjuicios causados por sus hijos mayores de dieciocho años sujetos a patria potestad y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”.

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. (2005), *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*, Dijusa, Madrid, pp. 621 y 622, “[e]s importante tener presente que el art. 61.3 de la LORPM, establece un orden de responsabilidad según el cual los padres, tanto los naturales como los adoptivos, responden en primer lugar, luego los tutores, en tercer lugar se cita a los acogedores y finalmente a los guardadores legales o de hecho. Este orden va referido al posible ejercicio de la función de guarda y, por siguiente, al deber, y posibilidad, de control del menor causante materialmente del daño. Por ello son los padres los primeros a quienes les corresponde ejercer la guarda, sólo en su defecto, o si están privados de la patria potestad, la guarda corresponderá a otro de los sujetos enunciados. La interpretación de la expresión «por este orden», en el sentido de orden excluyente, es decir, la existencia de miembros de un primer grupo excluye a los del siguiente, lleva a soluciones que tanto desde la perspectiva culpabilística como desde la perspectiva más orientada hacia la objetividad se adivinan como problemáticas e injustas, sobre todo porque de esta forma se estaría atribuyendo, algunas veces, la responsabilidad a quien poco o nada pudo hacer para vigilar o controlar. Haciendo una interpretación literal del precepto, la existencia de padres supondría que no responderían en ningún momento los acogedores. No deja de sorprender que una responsabilidad basada en la culpa in vigilando pueda recaer

Como pone de relieve RODRÍGUEZ LÓPEZ, la literalidad del artículo 61.3 puede ocasionar situaciones injustas, como que sea responsable solidario alguien que no puede ejercer la guarda del menor, por ejemplo, cuando la custodia del menor únicamente recae sobre uno de sus progenitores.

Estas posibles reclamaciones a personas que no ejerzan la guarda del menor en el momento en que éste llevó a cabo la acción delictiva, sumado a que la expresión «por este orden» es contraria al concepto en sí de responsabilidad solidaria, ha provocado que parte de la doctrina considere que la literalidad del apartado tercero del artículo 61 es incorrecta<sup>216</sup>.

Algunos autores entienden que el legislador debería haber optado por una solución más flexible en la redacción del artículo 61.3, con el fin de hacer responder únicamente a quienes en el momento en que el menor de edad llevó a cabo la actuación delictiva ejercieran su cuidado y educación<sup>217</sup>.

---

sobre alguien que no puede ejercer la guarda del menor y, por lo tanto, no tiene ninguna posibilidad real de evitar el daño”.

<sup>216</sup> A modo de ejemplo, DURANY PICH, S. (2000), “Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores”, *Indret*, 2/2000 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p.8, “[l]a norma supone una regla de imputación acumulativa, que conduce por tanto a que respondan todos a la vez. Y su empleo llevaría a aplicar la misma regla tanto a los padres que conviven con el menor que causa daños en el curso de una actividad delictiva, como al progenitor que en el momento de los daños llevaba diez años divorciado y que perdió la custodia de su hijo en favor de la madre, como, en una situación inversa, a la madre del menor cuando los daños fueron causados mientras se encontraba en régimen de visita con su padre. En este sentido, sitúa incorrectamente el criterio de imputación. Y no sigue el que parece ser un mejor criterio de imputación, según el cual deberá responder de los daños quien en el momento de su producción podía ejercer de manera más efectiva las funciones de control. Éste es uno de los casos en los que se pone de manifiesto el límite a la regla general de interpretación de la ley, según la cual el intérprete debe partir en su ejercicio de la literalidad de la norma y quedar de alguna manera circunscrito por ella: el límite aparece cuando la interpretación literal es inaplicable por incorrección manifiesta de la redacción. Y la redacción es manifiestamente incorrecta por dos motivos: en primer lugar, porque empieza estableciendo una regla de responsabilidad solidaria y termina con la coletilla “por este orden”, que se relaciona mal con esta regla; y en segundo lugar, porque tres artículos más adelante el legislador se contradice al mencionar junto al menor a su representante legal como posible responsable”.

<sup>217</sup> En este sentido, PAÑOS PÉREZ, A. (2010), *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona, pp. 155 y 156, “el orden establecido por el legislador debe interpretarse de forma flexible, haciendo responder a quienes en el momento en que ocurrieron los hechos se hallaban gestionando efectivamente el proceso educativo del joven. Es decir, respetar el orden establecido por la LORPM sí, pero con ciertos límites, en base a los cuales los padres responderían en la medida en que tengan obligaciones como tales. Así pues, consideramos que esta interpretación del precepto casa mucho mejor con la finalidad de la LORPM, que, como ya dijimos, se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres, tutores, acogedores o guardadores tiene sobre su hijo, pupilos, acogidos o sometidos a su guarda, intentando conseguir una mayor implicación de aquéllos en el proceso de socialización de los menores, imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por la transgresión del conjunto de deberes que tienen sobre ellos. Por tanto, creemos que el legislador debería haber optado por una solución más flexible y ajustada a la realidad que la rigidez de la expresión «por este orden». Además, actualmente, este es el criterio mayoritario acogido por nuestros



La jurisprudencia de las diferentes Audiencias Provinciales coinciden con la línea de pensamiento de la doctrina mencionada, ya que aunque es claro que el fin perseguido por el párrafo tercero del artículo 61 es salvar el escollo de que en la práctica totalidad de las situaciones los menores de edad son insolventes (proporcionando de esta forma una mayor garantía de resarcimiento hacia la víctima del delito) también es cierto que el distribuir de igual manera la carga de la responsabilidad civil derivada del ilícito cometido por el menor entre los agentes que recoge el artículo citado podría suponer situaciones injustas para aquellas personas que no ejercían en ese momento concreto la guarda del menor<sup>218</sup>.

---

tribunales, que parecen no oponerse a la posibilidad de que puedan responder simultáneamente y solidariamente sujetos incluidos en más de una de las categorías enumeradas en el artículo 61.3 LORPM, si bien que las más recientes sentencias parecen inclinarse por una interpretación flexible de la prelación establecida por el legislador, atendiendo a quien en el momento de la comisión de los hechos realmente ejercía sobre el menor la patria potestad o se hallaba en el efectivo ejercicio de las funciones de guarda legal”; SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup>. E. (2011), “La responsabilidad civil del menor de edad: supuestos de moderación”, *Actualidad Civil*, N<sup>o</sup> 15 (<http://www.laleyes.es>), p. 7, “[e]sta solidaridad y objetividad fue el criterio que de manera unánime se aprobó en el Congreso de los Diputados pese a algunas propuestas iniciales de que la responsabilidad fuera subsidiaria y subjetiva, esto es, que para exigir a los padres responsabilidad se probara la existencia de algún tipo de negligencia en la vigilancia o en la custodia que hubieran cometido, sin embargo, esto no fue así, se optó por un régimen de corresponsabilidad solidaria de padres e hijos y además sin tener que concurrir ningún tipo de falta de diligencia. Si el menor comete un delito y del mismo se derivan daños a un tercero que sean indemnizables, esta indemnización debe ser abonada por los padres en todo caso y solo en el supuesto en el que los padres no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada que no eliminada. La responsabilidad civil de los padres aparece así, sin más, justificada por la trasgresión del deber de vigilancia que les incumbe, omisión de la obligada diligencia *in custodiando* o *in vigilando*. Sin perjuicio de la responsabilidad del menor por la expresión responsabilidad solidaria «con él» implica necesariamente que el menor también es responsable. Por otro lado, la norma parece establecer una responsabilidad subsidiaria, al señalar la responsabilidad del menor, de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Por lo cual, literalmente indica que hay un llamamiento escalonado, aunque la gran mayoría de la doctrina, entre los que me incluyo, consideramos que lo más lógico es entender que a pesar de la redacción poco afortunada de la norma, la responsabilidad civil se atribuirá a quien tenga en ese momento la guarda del menor”.

<sup>218</sup> Como muestra de lo indicado, podemos citar: Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria número 48/2010, de 23 de julio, FJ. 2º, “[a]sí pues, los sujetos pasivos obligados por la responsabilidad civil establece en la Ley 5/2000, a tenor del artículo 61.3, son, en primer lugar, el propio menor y, en segundo lugar, pero solidariamente con él, sus padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho, por este orden. El menor es el principal responsable civil, pero, por otra parte, en ningún caso va a ser posible excluir o exonerar de responsabilidad a estos otros responsables solidarios, ni aunque acrediten haber actuado con la máxima diligencia, sino que, si por el contrario no han favorecido la conducta infractora del menor con dolo o negligencia grave, el Juez podrá, en su caso y además de forma no obligatoria sino facultativa, moderar, en el sentido únicamente de reducir pero no excluir, dicha responsabilidad. Se trata de una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose totalmente de los criterios de imputación subjetiva, los cuales únicamente se tienen en cuenta, como se ha indicado, para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de la responsabilidad. Es suficiente la vinculación jurídica del menor con el responsable civil a través de alguna de las instituciones que enumera el artículo 61.3 de la Ley. La Ley impone a los padres no sólo el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, sino también el de educarlos y procurarles una educación integral, e idéntico compromiso exige a los tutores y a los acogedores e incluso al guardador de hecho al

---

tratarse de una institución tuitiva a la que son aplicables las obligaciones del tutor, y qué duda cabe que estos otros aspectos son mucho más relevantes en el origen de los comportamientos delictivos del menor que los simples defectos en el ejercicio del deber de guarda en que se suele fundamentar la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil *ex delicto*; es decir, se considera que el fundamento de este nuevo modelo de responsabilidad civil se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres, tutores, acogedores o guardadores tiene sobre su hijo, pupilos, acogidos o sometidos a su guarda. En el presente supuesto, ha quedado demostrado por la documentación obrante en el expediente de reforma que en la fecha en que ocurrieron los hechos Carlos Antonio se encontraba con su madre pero ostentaba la guarda del menor la Junta de Castilla y León. La situación mencionada no significa que la madre asumiese la guarda del menor durante el espacio de tiempo que permaneció en su vivienda puesto que la situación legal de Carlos Antonio no cambia, era la Junta de Castilla y León quién seguía teniendo la guarda legal y, por tanto, quien era responsable civil de todos sus actos conforme al art. 61.3 LORPM, no se puede trasladar la responsabilidad a la madre por el hecho de que permaneciese unos días con ella, la Junta de Castilla y León se responsabilizó de él con anterioridad, y no puede trasladarse la responsabilidad a otra persona diferente mientras no se asuma de forma expresa y legalmente. En este caso ninguna duda existe de quién ostentaba la guarda de Carlos Antonio, todas las partes lo reconocen, y la documentación aportada así lo indica, si el menor permaneció unos días en casa de su madre es la Junta de Castilla y León quien debía vigilarle y el hecho de no hacerlo significa que debe asumir la responsabilidad por los hechos ajenos cometidos por quien permanece bajo sus custodia. En resumen, el art. 61.3º LORPM establece la responsabilidad de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, sin que sea necesario que concorra la responsabilidad de más de uno de los mencionados, y sin que pueda trasladarse la misma a uno u otro según con quien se encuentre en ese momento, el deber de vigilancia, control y custodia permanece a favor de la persona o entidad a la que se le ha encomendado esta labor, por lo que deberá responder solidariamente conjuntamente con el autor de los hechos de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su comportamiento, razones por las que el motivo del recurso debe prosperar”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba número 341/2010, de 10 de diciembre, FJ. 4º, “[e]l sistema diseñado por el Legislador, en torno a la solidaridad, cumple una doble finalidad; en primer lugar, amparar mejor los derechos de las víctimas protegiéndolas frente a la frecuente insolvencia del menor infractor, asegurándoles así la indemnización de los daños sufridos; y en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables citados en el precepto analizado en el proceso de educación y socialización de los menores, imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por la trasgresión o infracción del conjunto de deberes que tienen sobre ellos. Pues bien, dada la implicación que todos ellos tienen en el desarrollo de la personalidad de los menores, y aún admitiéndose que si bien es cierto que la educación de los hijos corresponde primordialmente a los padres también lo es que hoy día, y cada vez más, otras personas o entes influyen también en el proceso educacional de los menores (a veces incluso en contra de los intereses de los padres), por lo que es justo que todas las personas o entidades que de una manera u otra tengan participación en la educación de los menores respondan de las acciones ilícitas de los mismos de una manera "solidaria", y no en defecto o de manera subsidiaria a otras, pues no cabe duda que hoy en día la exclusividad en la educación de los menores es muy dudoso que pueda ser atribuida a una persona o entidad." En consecuencia, y puesto que ha quedado acreditado, por la documental obrante en autos: A) Primero que ambos menores estaban tutelados por la Junta de Andalucía, por lo que ya de por sí, y aún acudiendo, como lo hace el Juzgador de instancia, a la teoría excluyente, a falta de padres debería siempre responder el tutor. B) Segundo, que existen hasta dudas sobre la situación de la naturaleza del acogimiento (se afirma que de hecho) que ostentaban los abuelos y tíos. C) Y en tercer lugar, puesto que en todo caso, ante esa situación, dada la conflictividad al menos del menor Matías, no es predicable que la institución tutelar delegue todo el haz de obligaciones en manos de los acogedores, siendo estos siempre supervisados por tal institución, lo que supone la asunción del proceso efectivo de educación de los mismos, Consideramos que debe ser declarada responsable civil subsidiaria la Junta de Andalucía, y no los guardadores de hecho tal y como se establece en la resolución que se combate”.

Es a nuestro entender un despropósito pretender igualar el grado de responsabilidad entre quien vigila y educa al menor y quien por diferentes motivos no ejerce estas funciones o las ejerce de forma esporádica.

Mención aparte merece la responsabilidad de los profesores durante el desarrollo de su trabajo cuando el alumno menor de edad comete una actividad delictiva, pues no olvidemos que tal y como recoge el apartado 4 del artículo 27 de nuestra Constitución, la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, por lo que todo menor debería pasar gran parte del tiempo bajo la vigilancia de algún docente. El interrogante en este caso se centra en si el profesor se encuentra incluido entre los acogedores y guardadores a los que se refiere el artículo 61.3.

A priori parece que no habría impedimento en incluir a los profesores o maestros dentro del apartado tercero del artículo 61, sin embargo, esta interpretación puede resultar contraria a la Ley 1/1991, de 7 de enero, cuyos artículos 1 y 2 procedieron a modificar los artículos 22 del Código Penal y 1903 del Código Civil, respectivamente, optando por la opción de que únicamente pudieran ser responsables civiles de las actuaciones delictivas cometidas por menores de edad los titulares del centro docente a los que perteneciera el menor, no así el profesor, y todo ello por los motivos que se reflejan en la parte expositiva de ésta Ley: «El régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código Penal y 1.903 del Código Civil no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada «culpa *in vigilando*», concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente. Ello induce a modificar el régimen de responsabilidad a fin de establecer que quien responda de los daños ocasionados por sus alumnos sean las personas o entidades titulares de los centros, que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización, sin perjuicio de que en supuestos tasados, y a ello obedece la reforma del artículo 1.904 del Código Civil, el titular puede reclamar al personal docente la cantidad satisfecha»<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> ATIENZA NAVARRO, M<sup>a</sup>. L. (2000), *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, pp. 157 y 158, “incluir a los profesores en un precepto como el art. 61.3 sería motivo de alarma y de crítica entre este colectivo. Si los jueces entienden que en la norma se establece una responsabilidad objetiva, creo que los docentes no van a estar dispuestos a que se les aplique directamente. De nada habrían servido entonces las movilizaciones que, como vimos en la introducción, se produjeron a finales de los años ochenta para conseguir una dulcificación de su responsabilidad (que, en cualquier caso, conforme al art. 1903. VI. C.c., era por culpa presunta). Creo que no puede admitirse que lo que salió en su momento por la «puerta grande» entre ahora subrepticamente por la «ventana». Por tanto, la cuestión es mucho más compleja de lo que, según creo, pudieron intuir los grupos parlamentarios. Al parecer ninguno cayó en la cuenta de que tan sólo nueve años antes en el Parlamento se aprobó una ley (la ley 1/1991, de 7 de enero), con la única y exclusiva finalidad de proteger a un colectivo –el de los docentes– y de sustituir su responsabilidad –por culpa presunta (art. 1903. VI. C.c.) o sin ni siquiera necesidad de ella (art. 22 C.p. de 1973)– por la de los titulares de centros docentes. Como resultado de esa Ley, los profesores de centros privados hoy siguen respondiendo, pero lo hacen, como veremos en el capítulo III, conforme al art. 1902 C.c.; es decir: cuando quede probado que su conducta negligente o dolosa contribuyó a la causación del daño. Por consiguiente, no creo que los jueces vayan a exigirle responsabilidad –aunque sea todo lo

---

«moderada» que se quiera- conforme al art. 61.3 LORPM, cuando hayan observado toda la diligencia que les es exigible en el ejercicio de su cargo. Y esto en lo que respecta a los profesores de centros privados. Si el centro es público, como ya analizaré en el capítulo III, la víctima, según la LRJAP, debe necesariamente dirigir la demanda resarcitoria contra la Administración que después repetirá contra el funcionario. Pues bien, no creo que pueda defenderse que, conforme a la LORPM, los profesores públicos sí que pueden ser demandados porque aquella establece una suerte de excepción para esta categoría de funcionarios. Resultaría absurdo que los profesores, por su condición de funcionarios públicos, no tengan legitimación pasiva, en lo que respecta a su responsabilidad civil, ante la jurisdicción contencioso-administrativa o ante la jurisdicción civil, pero que sí la tuvieran en este proceso «rapidísimo» y que ni siquiera produce efecto de cosa juzgada. Por tanto, una cosa es defender que cabe incluir a los titulares de centros docentes entre los *guardadores de hecho*, a los que se refiere el art. 61.3 LORPM, y otra muy distinta es aplicar, sin más, el precepto a los profesores”; EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. Á. (2000), “La responsabilidad civil de los menores derivada del delito o falta y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, N<sup>o</sup> 17/2000, (BIB 2000/1945), (www.westlaw.es), p. 3, “[e]l régimen que se recoge en el art. 61-3 LORPM zanja definitivamente cualquier cuestión que pueda surgir en ese sentido, aunque introduce otro buen número de dudas, de no fácil solución. Así, al indicarse que serán responsables solidarios de los daños y perjuicios, causados por los menores, los «padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden», además de no vislumbrarse que ocurrirá con la responsabilidad de los centros docentes (art. 22-2 CP del 1973, derogada por LORPM), y si éstos podrían reputarse guardadores de hecho, o bien quedan al margen del art. 61-3 LORPM, no se sabe cómo deberá entenderse esa suerte de responsabilidad en cascada, fuente segura de conflicto si el cuidado de los menores no se halla en manos de los padres o tutores”; CARRERA DOMÉNECH, J. (2004), “Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, N<sup>o</sup> 14/2004 (comentario) (www.westlaw.es), p. 9, “[p]uede sorprender que no aparezcan mencionados expresamente como responsables en la Ley 5/2000 los Centros de Enseñanza, a pesar de que, por ejemplo, en el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 1995 se indicase en su art. 37.3 que las personas o Entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiese un Centro de Enseñanza eran responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del Centro menores de 18 años, durante los períodos en que se hallaren bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro y estuviesen desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, siempre que existiese negligencia en dicha vigilancia, recogiéndose asimismo este supuesto en la Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor presentada el 29 Nov. 1996; sin embargo, en el Borrador de Trabajo sobre el Proyecto de la Ley Penal Juvenil de 30 Oct. 1996 y en el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 Jul. 1997 se omite cualquier referencia a la responsabilidad del titular del Centro docente, al igual que sucede con la LO 5/2000. Ahora bien, la omisión de legislador no es un descuido pues, como indica LÓPEZ SÁNCHEZ, su presencia queda constatada durante los debates parlamentarios, de donde se deduce que el propósito del legislador fue el de entenderlos comprendidos en una de las categorías especificadas, como una especie dentro de un género más amplio, habiéndose incluso presentado enmiendas en el Congreso proponiendo la expresa inclusión de las personas o entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiera un centro de enseñanza. Queda así resuelta en sentido afirmativo la cuestión acerca de la inclusión de los centros docentes en el régimen de responsabilidad ex art. 61.3 de la LO 5/2000”; LÓPEZ PELÁEZ, P., MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup>. F. (2007), “La responsabilidad civil en caso de comisión de un delito o falta penal”, en LASARTE ÁLVAREZ, C. (editor), *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Dykinson, Madrid, p. 103, “en este listado de responsables solidarios con el menor, que además lo son por ese orden legal, no aparece ninguna mención a los centros docentes. Esta omisión resulta muy llamativa en una ley que trata de regular íntegramente la responsabilidad penal, y civil conexas a ella, de los menores; de hecho, hay que tener en cuenta que los Tribunales podrán situar a los centros docentes entre los guardadores de hecho (con lo que se partiría de una responsabilidad subsidiaria conforme al antiguo sistema penal a una solidaria) o bien podrán aplicar las reglas generales, civiles o administrativas, en función de la titularidad del centro (con lo cual el menor

Las Audiencias Provinciales optan por incluir los centros docentes entre los sujetos contemplados en el artículo 61.3 y no a los profesores de forma individual, aunque el razonamiento seguido difiere de los autores mencionados.

Las Audiencias Provinciales optan por entender que la disposición adicional primera de la Ley Penal del Menor permite la aplicación supletoria del Código Penal para lo no previsto expresamente en la Ley, permitiendo de esta forma el artículo 120.3 del Código Penal poder considerar responsables civiles a aquellas personas físicas o jurídicas titulares de un centro de enseñanza no superior por los delitos que pudieran ser llevados a cabo por alguno de sus alumnos menores de edad, siempre y cuando éstos sean efectuados bajo la guarda de uno de los profesores<sup>220</sup>.

Tras analizar los posibles responsables civiles por un delito perpetrado por un menor de edad debemos entrar en la cuestión principal que ocupa a este apartado, ¿es posible estimar la existencia de daños morales por un delito cometido por un menor de edad?

---

no tendría responsabilidad civil, sino que ésta correspondería directa y no subsidiariamente al centro docente). Esta última solución tiene la ventaja de que se aplicará la misma regulación a todos los actos de los menores, estén o no tipificados en la legislación penal”.

<sup>220</sup> A modo de ejemplo: Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares número 261/2012, de 18 de octubre, FJ. 1º, “[r]especto al concepto de guardador de hecho la Ley reguladora no define que ha de entenderse por tal y al respecto de si los Centros Docentes pueden o no estar integrados en esa categoría o grupo, la respuesta ha de ser afirmativa y ello por cuanto aunque las funciones tutelares y de vigilancia sobre el menor que ejercen los referidos centros son transitorias y meramente provisionales y no desplazan la responsabilidad de los padres, en tanto en cuanto La Disposición Final Primera de la ley reguladora dispone que “tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales”, resulta por ello de aplicación el supuesto de responsabilidad civil que consagra 120.3 del CP, referida a: “las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido de modo que no se hubiera producido sin dicha infracción”; con la particularidad de que por efecto y aplicación directa de lo que establece el artículo 61.3, dicha responsabilidad no es subsidiaria como proclama el CP, sino que tiene el carácter de solidaria, con base al fundamento de la protección que consagra la Ley Penal del Menor dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad y el aseguramiento y amparo que concede a la víctima del delito frente a la conducta criminal del menor y su presumible falta de capacidad económica”; Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas número 307/2010, de 5 de noviembre, FJ. 3º, “[l]a aplicación supletoria de los expresados artículos del Código Penal vendría autorizada por lo establecido en la Disposición Final Primera de la LO 5/2000, según la cual “Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.” Sentado lo anterior, se hace preciso analizar si en el supuesto de autos procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Centro de Enseñanza en el que ocurrieron los hechos. La respuesta no puede más que ser afirmativa a la vista de *factum* de la sentencia de instancia, derivando tal responsabilidad de lo dispuesto en el artículo 120.3 del Código Penal”.

El artículo 62 de la Ley Orgánica Penal del Menor efectúa una remisión al Código Penal al indicar que el contenido del artículo 61 se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el Capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal. Por lo que si al contenido del artículo 62 sumamos que los perjuicios morales se encuentran contemplados en el artículo 110 del Código penal, parece evidente, a nuestro entender, que resulta factible poder apreciar la existencia de daños no patrimoniales originados por delitos cometidos por menores de edad<sup>221</sup>.

Como no podía ser de otra forma, las Audiencias Provinciales aprecian la existencia de daños extrapatrimoniales en las circunstancias descritas cuando se den los requisitos necesarios para poder estimar este tipo de daños, evaluando la responsabilidad de resarcir el daño moral provocado conforme a las peculiaridades que se desprenden del artículo 61.3 de la Ley Orgánica Penal del Menor y que hemos estudiado a lo largo de todos los párrafos anteriores, pudiendo ser citada como muestra de lo indicado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra número 133/2004, de 2 de julio (FJ. 3º), donde se expone que “[e]l recurso debe ser desestimado y confirmado el pronunciamiento de estimación parcial de la demanda que adoptó el Juzgado a quo, al considerar que concurrió un perjuicio moral derivado de la falta de maltrato, que debía ser objeto de indemnización a cargo de las menores responsables de dicha conducta y sus progenitores, ya que es parecer de la Sala en discrepancia con lo sustentado por las partes recurrentes, que no existe un defecto formal en la formulación de la demanda y que ha quedado acreditada la producción de un daño moral derivado del maltrato de obra en que incurrieron las menores, que debe ser indemnizado en los términos que estableció el Juzgado de Menores”<sup>222</sup>.

Por todo ello, podemos afirmar que resulta viable la estimación de la existencia de daño moral ocasionado por delito cometido por menor de edad, siendo responsables solidarios

---

<sup>221</sup> En este sentido, POZUELO PÉREZ, L. (2008), “Comentario al art. 62 de la LO 5/2000, de 12 de enero”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO J. (director), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Civitas, Navarra, p. 557, “[l]a cuantía de la indemnización por daños materiales y morales, que comprenderá no sólo los que se hayan causado al perjudicado, sino también a sus familiares y terceros, la determinarán los jueces motivando en su decisión las bases en las que la hayan fundamentado, lo que supone un cierto margen de discrecionalidad a la hora de establecerla. Deberán valorar, en todo caso, el daño emergente, el lucro cesante, los costes de oportunidad, por un lado, y los daños morales por otro”.

<sup>222</sup> En la misma línea: Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, número 120/2005, de 27 de mayo, FJ. 3º, “[e]l daño moral padecido por la hija de los actores, como alega la parte apelada, fluye naturalmente del relato de hechos que refleja la sentencia impugnada, pero, además, como exige el TS, está plenamente acreditado en este caso concreto a través de una prueba pericial, imparcial y objetiva, como es la realizada por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados. Se incide nuevamente en que dicho daño moral no puede ser imputado a la Ikastola, pero el nexo causal entre el mismo y la omisión de la diligencia debida por parte del Centro, por falta de atención, vigilancia, cuidado y respuesta inmediata y contundente, es evidente. Aparte de una imputación subjetiva, natural, el resultado producido, el daño moral, resulta imputable objetivamente a la falta de cuidado, vigilancia por parte del Centro, cualquiera que sea el criterio de esa imputación objetiva que se utilice (riesgo general de la vida, prohibición de regreso, incremento del riesgo, el fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad o la adecuación)”.

de este tipo de daño los sujetos contemplados en el artículo 61.3 de la Ley Orgánica Penal del Menor con todas las particularidades que esta solidaridad supone y que hemos señalado a lo largo de todo este apartado.

### **3.5.2.2 Responsabilidad civil por actos cometidos por menores de 14 años, por actos realizados por menores de edad no tipificados como delito y por actos dañosos efectuados por mayores de edad en patria potestad prorrogada: artículo 1903 CC**

Tras haber analizado el tratamiento de la responsabilidad civil efectuado en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, hemos de continuar con la regulación de los daños causados por menores de edad y por mayores de edad en situación de patria potestad prorrogada que se realiza en el Código Civil y más concretamente su artículo 1903, ya que éste recoge de forma expresa en su texto la responsabilidad de los padres, tutores y titulares de los centros docentes de enseñanza no superior por los daños y perjuicios ocasionados por los menores e incapaces relacionados con los mismos, todo ello con independencia del derecho de repetición que contempla el artículo 1904 del Código Civil.

En cuanto a los supuestos en los que procede la aplicación de este artículo, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA aclara que el artículo 1903.3 tendrá por objeto la reparación de los actos dañosos de los menores de catorce años al encontrarse éstos excluidos de la Ley Penal del Menor y del Código Penal; los actos dañosos de los menores de edad mayores de catorce años que no se encuentren tipificados en el Código Penal o en leyes penales especiales; y los actos dañosos de los mayores de edad en patria potestad prorrogada no tipificados en el Código Penal o en leyes penales especiales<sup>223</sup>.

Por lo tanto, el artículo 1903 del Código Civil será de aplicación en aquellos supuestos que se encuentren excluidos del ámbito de actuación de la Ley Penal del Menor y del Código Penal. Con respecto a la Ley Penal del Menor, las principales diferencias que encontramos son las siguientes:

1º) En el artículo 1903 no se hace referencia a la responsabilidad del propio menor o incapaz, únicamente se menciona la responsabilidad de los agentes encargados de su guarda.

---

<sup>223</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2005), "La triple regulación de la responsabilidad civil de los padres derivada de los actos dañosos de sus hijos menores de edad", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 15, p. 130, "[e]l artículo 1903.3 del Código Civil se aplicará a la reparación de actos dañosos de los hijos en los siguientes casos: a) Actos dañosos de los hijos menores de catorce años, esté tal acto tipificado o no como delito o falta en el Código Penal o en las Leyes Penales especiales, dado que los menores de tal edad no están sometidos ni a la Ley Penal del Menor ni al Código Penal. b) Actos dañosos de los hijos comprendidos entre los catorce y los dieciocho años de edad que no estén tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en las Leyes Penales especiales. c) Actos dañosos de los mayores de edad (mayores de dieciocho años) en patria potestad prorrogada o rehabilitada si el hecho no está tipificado como delito o falta ni en el Código Penal ni en las Leyes Penales especiales. d) En todo caso, el hijo ha de estar bajo «la guarda» de sus padres".

Esta omisión a la responsabilidad directa del menor ha llevado a algunos autores a sostener que si puede demostrarse que el menor de edad posee la suficiente capacidad de discernimiento, éste podría ser responsable directo del daño que ha ocasionado a través del artículo 1902 del Código Civil<sup>224</sup>, pudiendo encontrarse resoluciones de las Audiencias Provinciales que comparten la idea mencionada de que si existe la posibilidad de probar que el menor de edad inimputable posee madurez de juicio suficiente para entender lo que significa socialmente dañar a otra persona, deberá responder de forma directa con su patrimonio ex artículo 1902 del Código Civil con independencia de la responsabilidad de los agentes encargados de su guarda que contempla el artículo 1903<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2006), "Daños provocados por un grupo de menores de edad: ¿quién debe responder? Comentario a la STS de 8 de marzo 2006 (RJ 2006, 1076)", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 17, p. 260, "[e]n definitiva, se trata de determinar si el menor de edad civilmente imputable ha actuado con la diligencia de un «buen muchacho de su edad» pues, en caso contrario, tendría que responder por los daños ocasionados. Por supuesto, esto no es óbice para que sus padres también respondan por culpa concurrente propia ex artículo 1903 II CC, siempre y cuando pueda observarse la existencia de una conducta negligente que provoque indirectamente el resultado dañoso. Pero, si los padres son capaces de probar que actuaron con toda la diligencia de un buen padre de familia, teóricamente quedarían exonerados de toda responsabilidad civil"; MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J., SOLÉ FELIU, J. (2006), "Children as tortfeasors under spanish law", en MARTÍN-CASALS, M. (editor), *Children in tort law. Part I: children as tortfeasors*, Springer-Verlag, Viena, p. 374, "[i]f the minor has tortious capacity (see supra nos. 1 et seq. and 3-8), he or she will be held liable according to art. 1902 CC or to the corresponding specific norm establishing liability. This is a direct and undelimited liability, which is different and independent from the liability of his or her parents (see infra nos. 66-108), or guardians (see infra nos. 109-120), or of his employer (see infra nos. 121 and 123), school or education centre (see infra nos. 132-136), or of any other persons who for one reason or another can be held liable by the victim. If the minor causing harm is unimputable, he will be exonerated from liability, independently of any possible liability of other persons".

<sup>225</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 1/2008, de 8 de enero, FJ. 2º, "[l]a responsabilidad extracontractual por hecho propio (art. 1902) o por hecho ajeno (art. 1903) que regulan los expresados artículos implica que el agente del daño ha actuado con voluntad libre y capacidad. Como dice la doctrina, si no hay voluntad libre, el resultado dañoso se considera producto de fuerza mayor, como si de un acontecimiento de la naturaleza se tratara, pues en rigor no hay acto humano. Por otra parte, el agente debe tener capacidad para entender y querer, esto es, hallarse en condiciones de distinguir el bien del mal. Esto plantea el problema relativo a los daños causados por las personas consideradas inimputables y, en el caso concreto que ahora nos ocupa, por los menores de edad. Surge así el problema de si éstos responden con su propio patrimonio, sin perjuicio o al lado de la responsabilidad de sus padres o tutores. Hoy día se extiende la opinión de que los menores responden civilmente (es decir, responde su patrimonio) de las consecuencias dañosas de sus actos ilícitos, salvo que se trate de sujetos en los que no cabe un verdadero querer, pues estaríamos ante una "no-acción" por falta de entendimiento y voluntad. En este orden de cosas merece recordarse que la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en su Título VIII regula la responsabilidad civil, estableciendo su artículo 61-3, en relación el artículo 3 de la misma Ley, que cuando el responsable de los hechos cometidos sea un mayor de catorce años y menor de dieciocho, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados su padres, tutores o guardadores; lo que presupone sin lugar a dudas la responsabilidad del propio menor. Al ser menor de edad no tiene capacidad de obrar, y por tanto no puede actuar por sí mismo como parte en un proceso (art. 7 LECiv), pero como tiene personalidad (capacidad jurídica, art. 29 del Código Civil) es susceptible de ser titular de derechos y obligaciones, aunque no pueda ejercitarlos o cumplirlas por sí sino por sus representantes legales. Cabe hablar, por tanto, como sostiene un importante sector de la doctrina científica, de menores imputables civilmente en



Esta interpretación permite igualar el nivel de responsabilidad exigido al menor en el Código Civil con la Ley Penal del Menor, aunque, tal y como expone algún autor<sup>226</sup>, parece una posibilidad poco práctica debido a que en casi todos los casos el menor responsable del daño será insolvente, por lo que al final la víctima se verá obligada a acudir al artículo 1903 para poder obtener un resarcimiento del daño padecido.

2º) La siguiente diferencia la encontramos en el último párrafo del artículo 1903, donde se recoge la posible exoneración de toda responsabilidad de los agentes que abarca el mismo artículo cuando se demuestre que actuaron con toda la diligencia debida, con la diligencia de un buen padre de familia.

---

cuanto tienen madurez de juicio suficiente para entender lo que significa socialmente "dañar a otro" y cuya responsabilidad tendría una base subjetiva, derivada de culpa o negligencia aunque compatible con las modernas tendencias objetivistas de la responsabilidad extracontractual, y que se trataría de una responsabilidad solidaria con la de sus padres o guardadores"; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 41/2012, de 19 de enero, FJ. 4º: "Comencemos significando que, frente a otros ordenamientos jurídicos que no reconocen como fuente de responsabilidad civil propia los hechos lesivos causados por menores de edad, el régimen vigente en España se limita a establecer que la imputabilidad del daño exige ya sea la capacidad de culpa -propia de los adultos- o cuando menos la CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO para comprender el alcance de los propios actos, esto es, una mínima madurez intelectual y volitiva. Ello explica que la STS de 8 de marzo de 2002 confirmase la imputabilidad civil de un joven de 17 años que golpeó un balón que fue a impactar contra el rostro de una persona ajena al juego de pelota, y que la STS de 8 de febrero de 1983 estableciese "la indudable culpabilidad" de los adolescentes de 12 años que causaron un daño al tirarse grapas con tiragomas si bien impuso la condena reparatoria únicamente a sus padres. Sin duda esa CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO (capacidad natural) se presupone a los menores de edad desde que cumplen los catorce años, ya que desde ese momento se les considera responsables penal y civilmente de los hechos que puedan cometer ( artículo 1 LORPM ) y también se les habilita entre otras cosas para prestar declaración en juicio ( artículo 361 LEC ). Y respecto de los menores de esa edad pero mayores de siete años ha de valorarse -según conviene la doctrina- caso por caso la concurrencia de la expresada mínima madurez".

<sup>226</sup> A modo de ejemplo, RUIZ JIMÉNEZ, J. (2011), "La responsabilidad civil de los menores: una cuestión para el debate", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, num. 725, mayo 2011, p. 1733, "[s]i se hace una lectura conjunta de ambos preceptos además de una interpretación sociológica de los mismos, se puede sostener que, atendiendo a lo establecido en el artículo 1.902 del Código Civil, el menor que con cierta capacidad de discernimiento entienda y pueda valorar las consecuencias de sus actos, sería imputable de un ilícito civil y por lo tanto tendría que asumir la responsabilidad de sus actos. Por el contrario, el menor que carezca de esa capacidad de discernimiento, sería inimputable y por lo tanto no podría responder de sus actos, pero sí lo harían sus padres por tener la obligación de vigilancia y cuidado de los hijos, por la vía del artículo 1903 del Código Civil. Si tras esta interpretación, conectamos estos preceptos con las leyes mencionadas *ut supra*, obtendríamos una mayor uniformidad en el ordenamiento adaptándolo a la realidad social. Sin embargo, el problema que subyace es de gran trascendencia práctica. La comisión de un ilícito civil tiene como consecuencia la reparación del daño causado, reparación que es de carácter patrimonial. Lo normal es que los menores carezcan de patrimonio propio, en el momento de la comisión de la acción, para poder hacer frente a la misma, mientras que sus padres suelen ser solventes. Por lo tanto, es más seguro interponer la acción contra aquellos que pueden responder con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código Civil, llegando al extremo de hacer responsables a los padres por el simple hecho de ser padres".

Esto supone una diferencia notable con respecto al artículo 61.3 de la Ley Penal del Menor, ya que recordemos, esta Ley únicamente permitía la moderación de la responsabilidad de los sujetos encargados del menor cuando éstos no hubieran favorecido su conducta con dolo o negligencia grave, pero en ningún caso su exoneración.

3º) La última diferencia la observamos en la exigencia de que el menor debe encontrarse bajo la guarda de los padres o conviviendo con el tutor para poder solicitarles responsabilidades a éstos por sus actos<sup>227</sup>.

Una vez expuestas las diferencias principales entre ambas regulaciones (Código Civil y Ley penal del Menor), hemos de entrar en el estudio concreto de cada uno de los supuestos relativos a los daños ocasionados por menores e incapaces que el artículo 1903 contempla.

Más concretamente, en el primer apartado de los que recoge el artículo 1903 que aquí interesa, la responsabilidad de los padres por los daños cometidos por los hijos que se encuentren bajo su guarda, la doctrina entiende que nos hallamos ante una presunción *iuris tantum*, los padres responden salvo que emplearan toda la diligencia debida para prevenir el daño causado por el menor o incapaz siempre y cuando el hijo se encontrase bajo la guarda del progenitor al que se le exige esta responsabilidad, requisito el de la guarda que, recordemos, no se encuentra reflejado en el texto del artículo 61.3 de la LOPM<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> SANTOS BRIZ, J. (1984), "Comentario a los arts. 1903 y 1904 CC", en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXIV, artículos 1887 a 1929 del Código Civil, Edersa, Madrid, p. 563, "[e]l fundamento de la responsabilidad declarada en el artículo 1.903 es principalmente la culpa *in vigilando* o *in eligendo* en que incurren las personas señaladas como responsables. El precepto establece una presunción de culpa, que admite prueba en contrario. Esta prueba que incumbe a las personas mencionadas ha de consistir, para exonerarlas de responsabilidad, en haber empleado «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (art. 1.903, p.rr. .último)"; URBANO GÓMEZ, S. (2002), "El régimen de responsabilidad civil "ex delicto" de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000 (RCL 2000, 90), reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº. 7/2002, parte Comentario (BIB 2002/1033) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 5, "[e]l artículo 61LORPM no exige expresamente que los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, acogimiento, guarda legal o de hecho de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho a diferencia de la regulación prevista en los apartados 2º y 3º del artículo 1903 CCy de las reglas 1ª de los artículos 118 y 120 CP respecto a los «incapaces» probablemente porque en la mayoría de los supuestos los menores de 18 años a los que se refiere la LORPM no se encontrarán emancipados ni tendrán vida independiente (cfr. arts. 314y ss. CC) y, por tanto, no estarán bajo el cuidado o guarda de «alguien» de ahí que la referencia a la expresión «sujetos a la patria potestad, tutela, etc.» sería superflua en cuanto obvia".

<sup>228</sup> ROMERO COLOMA, A. M. (2002), "En torno a la responsabilidad civil de los padres (a propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, p. 2398, "[h]ay que hacer notar que el Código Civil, en la actualidad, no hace alusión a los hijos menores de edad, sino a hijos que se encuentran bajo su guarda. Se ha prescindido, por tanto, del requisito de la minoridad del hijo como presupuesto de la responsabilidad de los padres, y se le ha sustituido por otro criterio fundado en el sometimiento a la guarda paterna. Alguna duda podrá suscitar, a este respecto, la cuestión de si los progenitores van a responder, asimismo, por los actos de sus hijos emancipados. La doctrina dominante afirma que, en este caso, ya no existe tal responsabilidad, sea cual sea la causa de la emancipación"; PEÑA LÓPEZ, F. (2009), "Comentario al art. 1903 CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra,

La doctrina entiende que ha existido una evolución jurisprudencial del carácter de la responsabilidad exigible a los progenitores conforme al artículo 1903 hacia una responsabilidad cuasi objetiva<sup>229</sup>, lo que puede apreciarse en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en la que se opta por entender que del artículo 1903 se desprende una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva de vigilancia de los progenitores sobre el hijo menor de edad, pese a que este artículo no haga una referencia expresa en su texto a la culpabilidad, señalando en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo número 226/2006, de 8 de marzo (FJ. 5º), que “[e]s doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la

---

pp. 2158 y 2159, “[e]l hijo ha de encontrarse bajo la «guarda» del progenitor demandado, concepto que se encuentra directamente relacionado con la patria potestad y con el reparto de facultades respecto de los hijos en las situaciones de crisis matrimonial o de la pareja de hecho. Los padres por el mero hecho de serlo tienen a los hijos menores de dieciocho años bajo su guarda, pues la patria potestad les otorga todas las facultades-deberes posibles respecto de la vigilancia y cuidado de los hijos. Por tanto, quedan excluidos de la aplicación del 1903-II los padres cuya patria potestad haya quedado extinguida. Así las cosas, los padres no tienen la guarda de los menores emancipados desde la inscripción de la misma en el registro civil, ni de los menores de vida independiente, pero sí la de los hijos mayores sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada. En caso de crisis de la pareja, matrimonial o no, que dé lugar a una resolución judicial que atribuya la custodia del hijo a uno de los progenitores (arts. 90 y 92) sólo este lo tendrá bajo su guarda, con independencia de que el otro siga ostentando la patria potestad. Sin embargo, se considerará «guardador» al otro durante el ejercicio del derecho de visita”; MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2010), “Comentario al art. 1903 CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 2056, “[e]l sistema de responsabilidad civil de los padres en el art. 1903. II CC se basa en un modelo de responsabilidad por culpa de los padres cuya existencia se presume *iuris tantum* ya que, como señala el art. 1903. VI CC, los padres responden salvo que demuestren que «emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». El precepto requiere, en primer lugar, que el hijo se encuentre «bajo la guarda» de los progenitores, lo que debe asociarse al ejercicio –mas que a la mera titularidad- de la patria potestad”.

<sup>229</sup> Por todos, GONZÁLEZ ORVIZ, M. E. (2007), *Responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, Bosch, Barcelona, p. 49, “[l]a más reciente doctrina y la jurisprudencia, viene proclamando que la responsabilidad impuesta por el artículo 1903 a los que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria sino directa”; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2010), “El juicio de adecuación causal de la conducta de los menores y la concurrencia de culpas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2010 (BIB 2010/1278), ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 4, “la responsabilidad establecida en el art. 1903 se basa en una presunción de culpa que sólo puede destruirse por prueba en contrario como dispone su último párrafo, sin embargo como veremos la tendencia de la jurisprudencia más reciente presenta un matiz más objetivista”.

responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia”<sup>230</sup>.

Esta tendencia objetivista que actualmente mantiene la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 1903 es criticada por algunos autores que sostienen no es necesario objetivar la responsabilidad paterna para que al final esta responsabilidad derive de un supuesto de falta de vigilancia o culpa *in vigilando*, a lo que hay que añadir que el uso del concepto “riesgo” que realiza el Alto Tribunal parece desacertado pues no corresponde a la relación que debe mantener un padre con sus hijos<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Sentencia comentada en: OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2006), “Daños provocados por un grupo de menores de edad: ¿quién debe responder? Comentario a la STS de 8 de marzo 2006 (RJ 2006, 1076)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 17, págs. 247-263; en la misma línea, Sentencia del Tribunal Supremo número 483/2000, de 16 de mayo, FJ. 2º: “Además, cabe en este caso señalar la incidencia de la denominada teoría del riesgo no sólo en «Hipercom», sino también a don Hemant P., toda vez que la STS de 30 de junio de 1985 tiene declarado que la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos «*in potestate*» con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia, cuya doctrina es de aplicación al supuesto de autos”.

<sup>231</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2006), p. 254, “una cosa es reconocer la realidad de cómo funciona la responsabilidad paterna ante los Tribunales, y otra muy distinta es el juicio de valor que merezca la doctrina jurisprudencial reseñada. En este sentido, considero muy criticable y desacertada la deriva «objetivista» que, en este punto, ha asumido la Sala Primera del Tribunal Supremo en su afán, sin duda legítimo, de reparar el daño causado a las víctimas de las acciones de los menores de edad. Razones de variada etiología amparan mi discrepancia: a) Desde un punto de vista jurídico, la sentencias que hacen hincapié en el matiz objetivo y en la idea de riesgo en la responsabilidad paterna dejan mucho que desear, sobre todo por el grado de confusión dogmática que introducen. Efectivamente, a primera vista cualquiera podría imaginar que el Tribunal Supremo entiende que el mero hecho de tener hijos, de gozar de la condición de padres, es un factor de creación de riesgos que, consiguientemente, deben ser soportados por aquellos que los crean, con independencia de cuál haya sido la diligencia observada en cada caso. Sin embargo, la jurisprudencia, después de introducir el criterio del riesgo, señala que «la responsabilidad dimana de omisión propia del padre, madre o tutor de dicho deber de vigilancia», poniendo claramente de manifiesto que el factor de creación del riesgo es la falta de cuidado respecto al menor, esto es, la culpa *in vigilando*. Luego, ¿por qué se dice que la responsabilidad obedece a criterios de riesgo si finalmente el riesgo consiste en dejar de cumplir con las obligaciones de vigilancia derivadas del ejercicio de la patria potestad? Tal y como ha señalado GÓMEZ CALLE (op. Cit., pg. 1112), «el recurso al criterio del riesgo es inútil, no aporta nada». En este sentido, la resolución judicial que motiva el presente comentario, después de destacar «que es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1903 aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva», concluye denegando la absolución paterna amparada en la conducta del menor en tanto que «la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia». ¿Hacía falta objetivar la responsabilidad paterna para a continuación condenar por culpa *in vigilando*? Evidentemente no. La solución adoptada resulta ser así tan contradictoria como perturbadora. b) Por otro lado, ¿es aplicable a los daños causados por menores de edad la doctrina jurisprudencial sobre la imputación por riesgo? Resulta inquietante que el Tribunal Supremo acuda a un expediente técnico tan abstracto e indeterminado como el del riesgo sin haberse parado a pensar si realmente tal doctrina se acomoda a este supuesto”.

Si bien es cierto que las críticas señaladas pueden ser consideradas como razonables y lógicas, también es cierto que la tendencia de nuestro legislador ha sido la de garantizar lo máximo posible el resarcimiento del daño padecido por la víctima del menor, siendo la muestra más clara de ello el régimen de solidaridad recogido en la actual Ley penal del Menor.

Es obvio que la tendencia objetivista de nuestro Tribunal Supremo responde a esta corriente del legislador, produciéndose con ello una mayor equiparación de las garantías del artículo 1903 del Código Civil a las garantías que recoge el artículo 61 de la Ley Penal del Menor, lo que a nuestro entender supone una evolución positiva en la interpretación de este artículo del Código Civil, pues no podemos olvidar que la protección de la víctima del daño debe primar frente a la de cualquier otro sujeto por la situación de desamparo e indefensión en la que se encuentra como consecuencia precisamente del daño sufrido.

Todo lo mencionado hasta el momento puede extrapolarse al tercer párrafo del artículo 1903 referente a la responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por los menores o incapacitados que se encuentren bajo su autoridad, aunque con un matiz que en la responsabilidad parental no encontramos, que los menores o incapacitados habiten en compañía del tutor.

Aunque esta diferencia entre el texto de ambos párrafos es calificada de irrelevante por algunos autores que entienden que el artículo 154.1º del Código Civil implica que la patria potestad lleva aparejada necesariamente la convivencia con el menor, por lo que a efectos prácticos no existiría una diferencia sustancial entre ambos supuestos<sup>232</sup>.

A nuestro entender, este matiz que diferencia ambas situaciones en el artículo 1903 podría buscar limitar de alguna manera la responsabilidad del tutor respecto a la responsabilidad de los padres aunque sea de forma mínima, lo que seguramente se deba a que en un gran número de supuestos la función del tutor es una función profesional, mientras que la responsabilidad de los padres con respecto a los hijos debe trascender cualquier vínculo profesional existente<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> A modo de ejemplo, SANTOS BRIZ, J. (2001), *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, recurso electrónico (VLEX-389265) (<http://vlex.com>), p. 9, “el art. 1903 exige que convivan con su padre o tutor; actualmente la guarda incluye la convivencia (véase art. 154-1, C.c.)”.

<sup>233</sup> En esta línea, por todos, YÁÑEZ VIVERO, F. (2009), *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el Marco del derecho europeo de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 137 y 138, “[a]demás de la existencia de «autoridad», el citado artículo 1903 condiciona la responsabilidad del tutor a la cohabitación con el incapacitado, de lo que habrá que deducir que si no hay convivencia, el tutor no será responsable. Nótese que se produce aquí una diferencia significativa entre la responsabilidad de los padres por los daños cometidos por los hijos sometidos a su patria potestad y la responsabilidad de los tutores por los daños causados por sus pupilos. En el primer caso, no se hace referencia alguna a la «cohabitación» (quizá porque se sobreentiende, al formar parte del contenido de la patria potestad); en el segundo, por el contrario, se la eleva a elemento necesario para determinar la responsabilidad. «Guarda» es el término utilizado por el legislador para establecer la responsabilidad de los padres. En el caso de los

La realidad es que esta diferencia en la redacción de ambos párrafos del artículo 1903 del Código Civil no es tomada en cuenta por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, ya que éstas extienden en sus resoluciones la calificación de responsabilidad cuasi objetiva por riesgo, por falta de diligencia *in vigilando*, que emplean para referirse a la responsabilidad de los progenitores a los tutores responsables del menor o incapaz<sup>234</sup>.

Seguidamente, hemos de proceder a valorar el párrafo quinto del artículo 1903 que, como ya adelantamos, hace referencia a la responsabilidad de los titulares de los centros docentes de enseñanza no superior, cuando tales centros revisten un carácter privado, ya que en caso contrario, éstos quedarían sujetos a la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 145 Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que será sustituido por el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Lo primero que podemos dilucidar de este párrafo es que la responsabilidad se centra sobre el titular del centro de enseñanza pero en ningún caso de manera individual sobre el profesor o maestro que se encontrase al cuidado del alumno en el momento en que éste provocase el daño, razonamiento que como vimos se ha continuado por parte de la doctrina y la jurisprudencia en la interpretación del artículo 61 de la Ley Penal del Menor.

---

tutores, sin embargo, se endurece el espectro sólo a los tutores respecto a los incapacitados «que habiten en su compañía». Es claro que el término guarda es más amplio que el de la cohabitación porque aquél puede abarcar situaciones en las que no se dé convivencia en sentido estricto. Siendo más amplio, el término «guarda» es también más y mejor descriptivo del entramado obligacional que tanto padres como tutores tienen respecto a hijos e incapacitados. No se comprende bien, por tanto, por qué el legislador no utiliza la palabra «guarda» para establecer la responsabilidad de los tutores. La aplicación literal de la norma conlleva que en los supuestos en que el incapacitado viva habitualmente en un centro especializado en los cuidados que éste requiera o en compañía de otra persona o familia, su tutor, quienquiera que sea, no responderá, según el tenor del artículo 1903. Esta situación será muy frecuente en los casos en que el tutor sea una persona jurídica, tipo asociación o fundación, que ofrecerá al incapacitado un lugar para vivir ajeno a la propia persona jurídica tutora. Tal es el caso de la mayor parte de las fundaciones tutelares que ejercen sus funciones en España”.

<sup>234</sup> A modo de muestra de lo indicado: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid número 394/1997, de 18 de noviembre, FJ. 4º, “[p]or consiguiente y dado que la responsabilidad civil de los padres, tutores o personas encargadas de la guarda o custodia de los hijos o menores, dimanante de los ilícitos realizados por aquéllos que se encuentren bajo su guarda legal, a tenor del artículo 1903 del Código Civil, se justifica tradicional, doctrinal y legalmente por la transgresión del deber de vigilancia que incumbe a los primeros u omisión de la obligada diligencia «in custodiando» o «in vigilando», con inversión consiguiente de la carga de la prueba y la exigencia de una rigurosa prueba de la diligencia empleada, atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto, lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 2002, FJ. 3º, “dentro de la responsabilidad por hecho ajeno se encuentra la responsabilidad de los padres y tutores por los daños producidos por los hijos o menores que se encuentren bajo su guarda o custodia, la de los centros docentes por los daños producidos a terceros por los pupilos, la de los criados y dependientes por los daños producidos en el desarrollo de sus actividades, responsabilidad (Art. 1903 CC), que se fundamenta en los principios de la culpa “in eligendo” o “in vigilando”.

Por lo tanto, tal y como entiende la doctrina mayoritaria, cuando un profesor o maestro incurre en un supuesto de culpa *in vigilando* del alumno menor de edad y éste a su vez produce un daño, responderá el titular del centro docente al que pertenezca el profesor o maestro que ha incumplido su deber de vigilancia<sup>235</sup>.

Frente a la opción de entender el origen de la responsabilidad del titular del centro docente en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del profesor o maestro perteneciente a éste, otros autores van más allá considerando que nos encontramos ante una responsabilidad fuertemente objetivada en sentido similar a la responsabilidad exigida a padres y tutores por este artículo, ya que la profesión de docente en las instituciones de enseñanza no superiores posee un riesgo implícito precisamente por las obligaciones de guarda y vigilancia de menores y/o incapaces que el puesto conlleva<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> Por todos, DÍAZ ALABART, S. (1990), "Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1903 del Código Civil", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo I, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, p. 702, "[e]l maestro, al que la dirección del colegio donde presta sus servicios le ordena acompañar a sus treinta o cuarenta alumnos de doce años de edad a una visita cultural al Museo del Prado -número de alumnos nada raro en cualquier colegio español público o incluso privado-, no podrá controlarlos a todos por mucho que lo intente. Con la vigilancia posible en las condiciones expresadas, nadie puede garantizar que no se produzca un daño en las valiosas pinturas que allí se exponen. Si el profesor supiese que en tal caso se presumiría la existencia de culpa por su parte, sería probablemente imposible encontrar profesores dispuestos a llevar a sus alumnos a museo alguno"; ATIENZA NAVARRO, M<sup>a</sup>. L. (2000), p. 67, "[a]hora bien, ¿con base en qué criterio responde el titular del centro en este supuesto?; ¿por no haber vigilado o elegido bien al profesor o porque la culpabilidad del docente se propaga objetivamente al titular? La doctrina mayoritaria, en coherencia con la defensa del fundamento culpabilístico de la responsabilidad del titular del centro, entiende que por lo primero. De esta forma, el criterio subjetivo de la responsabilidad se lleva hasta sus últimas consecuencias: además de la conducta negligente del docente deberá concurrir una culpa *in vigilando* o *in eligendo* del titular del centro; de modo que su diligencia habrá de medirse en relación con la elección y control del profesorado. Se considera que ésa es la única interpretación acorde con el último párrafo del precepto, que permite la exoneración del titular del centro cuando demuestre que empleó toda la diligencia exigible para prevenir el daño"; GÓMEZ CALLE, E. (2011), "Comentario al art. 1903 del CC", en ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., RODRÍGUEZ ROSADO, B. (coordinadores), *Código Civil Comentado*, volumen IV, libro IV de las obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (artículos 1445 al final), Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 1475, "[l]a culpa *in eligendo* o *in vigilando* del centro respecto de su personal -cuando éste desempeña negligentemente sus tareas de guarda del alumnado- no es más que una de las hipótesis que pueden determinar la responsabilidad de aquél, que también puede derivarse de (otros) defectos organizativos a los que ese personal sea completamente ajeno. Cuál sea la diligencia exigible a estos efectos, y las medidas de organización que deben adoptarse, depende de las concretas circunstancias de cada caso (art. 1104 CC): las características de los alumnos (como la edad) o del lugar en que se encuentren, el tipo de actividad desarrollada, los instrumentos utilizados o el número de alumnos a guardar".

<sup>236</sup> DÍAZ ALABART, S. (2000), "Responsabilidad de los centros docentes públicos y de su profesorado por los daños causados por sus alumnos", en DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D. (coordinadora), *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 19 y 20, "[a]ntes de la reforma se trataba indudablemente de una responsabilidad basada en la culpa (culpa «*in vigilando*» del profesor), de la que -como ya dije-, se podía exonerar si demostraba que puso la diligencia debida. Hoy, por más que se siga conservando el inciso final del art. 1903 CC- que es el que permite probar la

El Tribunal Supremo opta por estimar la existencia de responsabilidad del titular del centro docente no superior cuando el profesor o maestro perteneciente al mismo no hubiera ejercido de forma correcta sus funciones de vigilancia, es decir, cuando no hubiese empleando toda la diligencia de un buen padre de familia en el desarrollo de su profesión, diligencia que, como ya hemos indicado, el artículo 1903 exige en su último párrafo para todos los supuestos que recoge. En otras palabras, el Alto Tribunal fija el origen de la responsabilidad del titular del centro docente en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del profesor o maestro perteneciente al mismo<sup>237</sup>.

---

inexistencia de culpa-, se ha transformado en una responsabilidad fuertemente objetivada. La verdad es que hablar en nuestros días de responsabilidad de los titulares de centros docentes por culpa no sería razonable, porque, ¿qué control real y qué vigilancia puede llevar a cabo la Consejería de Educación de cualquier Comunidad Autónoma sobre los alumnos escolarizados en sus centros? Digo que esta responsabilidad se objetiviza aunque no se trata exactamente de una responsabilidad por riesgo, ya que aquí, en general, no hay lucro. No tiene sentido aquí la noción de culpa tradicional. Simplemente, creo que se parte de que es razonable tratar de garantizar que los escolares estén libres del peligro de sufrir daños o causárselos a otros durante el tiempo que dedican a su formación. Si pese a las precauciones que han de tomarse en este sentido, ocurriese algún percance, se debe proceder a indemnizar los daños causados. No olvidemos que la actividad docente y paradocente con menores tiene cierto riesgo por las características de esta actividad y de los propios niños, como en alguna ocasión ha afirmado el propio TS, para casos de daños causados por escolares: se trata –dice– de «conductas propias de la infancia, y por lo mismo, quizás imprudentes». Precisamente por reconocer la existencia de ese riesgo, actualmente es usual que se trate de cubrir con la contratación de un seguro de responsabilidad civil”.

<sup>237</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 1266/2001, de 28 de diciembre, FJ. 3º, “[r]especto a la responsabilidad del Colegio, y a tenor de lo expuesto en relación con la doctrina de esta Sala, hay que tener presente, que no se puede atribuir una responsabilidad culposa omisiva, ya que tenía el recreo vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el primer momento a la menor lesionada, y que de acuerdo con la prueba practicada, el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas ( SS. 10 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7186], 10 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2483], 8 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2249] y 11 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1520]). Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaren algún riesgo, como es el caso contemplado en las sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7615) y 11 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1520), supuestos en los que aplicando la doctrina progresiva consistente en recaer la carga de la prueba de la culpa, en vez de en los demandantes en los demandados, inversión de la carga de la prueba, que en este caso, los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió a caso fortuito, por la falta de previsibilidad de un resultado como el que se produjo”; Sentencia del Tribunal Supremo número 510/2009, de 30 de junio, FJ. 2º, “[e]n definitiva, no sólo resulta que la entidad titular del centro docente no ha logrado probar que empleara toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, como le impone el párrafo último del art. 1903 CC, sino que, además, esta Sala comparte plenamente el juicio del tribunal sentenciador sobre la probada negligencia de dicha entidad y su relación causal con el resultado producido, ya que la lluvia no imponía necesariamente que los niños de varios grupos hubieran de concentrarse en el espacio común cubierto cuando se daba la alternativa de que cada grupo hubiera disfrutado del recreo en su correspondiente aula bajo la supervisión de la profesora encargada o de otra que la sustituyera durante el tiempo imprescindible para descansar, incumbiendo precisamente a la dirección del centro docente la organización necesaria para que tal solución alternativa fuera posible antes de permitir que trescientos niños se concentraran en 200 m<sup>2</sup> en forma de L, y por tanto sin visibilidad simultánea por las tres profesoras presentes, para disfrutar del recreo, lo que por demás explica que a las tres les pasara inadvertido el empujón que a la niña le dio otro alumno”.



Tras haber expuesto las peculiaridades que presentan los apartados del artículo 1903 del Código Civil concernientes a menores de edad y personas en situación de patria potestad prorrogada, hemos de finalizar el epígrafe de la misma forma que concluimos el apartado relativo a la Ley Penal del Menor, preguntándonos si cabe la posibilidad de estimar la existencia de daños no patrimoniales en estas situaciones.

La respuesta a esta pregunta es afirmativa, las Audiencias Provinciales aceptan la posibilidad de que pueda apreciarse daño moral en los supuestos en los que sea de aplicación el artículo 1903 cuando se den los requisitos necesarios para poder estimar este tipo de daño, o dicho de otra forma, se pueda probar la existencia de daño extrapatrimonial y los padres, tutores o directores de centros docentes privados no superiores, no hubieran ejercido sus funciones de guarda con la diligencia de un buen padre de familia, pudiendo mencionarse como muestra de lo indicado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 1631/1999, de 25 de octubre (FJ. 2º), donde se sostiene que “[p]or otra parte, la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos de los hijos que se encuentran bajo su guarda (art. 1903 del Código Civil) se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los mismos incumbe, omisión de la obligada diligencia «*in custodiando*» o «*in vigilando*» que el Legislador contempla, estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que le corresponde acreditar que ha empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso. Como manifiesta la sentencia recurrida, los demandados no han probado que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia respecto de su hijo menor de edad, que comprende también los deberes de educación y formación íntegra del mismo, surgiendo, por tanto, la responsabilidad derivada del artículo 1903 del CC. La sentencia de instancia, estimando la demanda y concretando el daño moral en la suma de 1.000.000 de ptas., valora adecuadamente la prueba, siendo perfectamente ajustada a derecho, debiendo ser desestimado el recurso de apelación interpuesto, confirmando íntegramente la resolución recurrida”<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> En la misma línea, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 450/2009, de 22 de junio, FJ. 1º, “[l]a responsabilidad civil de los dueños del colegio codemandados se deduce en dicha resolución de la inexistencia de un caso fortuito, pues el suceso ocurrió dentro del círculo normal de la actividad escolar, siendo previsible y probablemente evitable si hubiera habido una vigilancia efectiva, de cuyas deficiencias, precisamente, se deduce dicha responsabilidad, pues, bien por defectuosa organización o disposición de los menores, bien por insuficiente número de profesores o cuidadores que les vigilaran, para que no tuvieran en su poder elementos peligrosos para su integridad física, es lo cierto que el niño disponía de un coche de hojalata, juguete con el que se lesionó el ojo, y el accidente no se hubiera producido si los encargados de vigilar a los alumnos hubieran adoptado las medidas de precaución y seguridad oportunas, máxime cuando se trata de niños de corta edad que exige extremarlas; de modo que está demostrada la acción culposa y el resultado dañoso que deriva con un adecuado nexo causal. La responsabilidad de la aseguradora se deduce del contenido de la póliza concertada. La aplicación analógica del baremo para la indemnización en los accidentes automóvil se asume como criterio orientativo, por las ventajas de uniformidad e igualación de criterios, que objetivan notablemente el cálculo de las indemnizaciones y perjuicios. De acuerdo con todo ello, se estima que el período de lesiones temporales se inicia el día 4 de noviembre 2003 en que se produce el accidente, por lo que procede aplicar el Baremo introducido por la

### 3.5.2.3 Daños contractuales. Valoración de la comisión de daño moral por incumplimiento de contrato por un menor de edad

Tras haber confirmado la posible estimación y resarcimiento del daño moral derivado tanto de delito como de actos dañosos no tipificados perpetrados por menores de edad, debemos valorar si también es posible la apreciación de daños extrapatrimoniales por incumplimiento contractual efectuado por un menor de edad.

Para poder evaluar la posibilidad de que un menor cometa daños contractuales, tenemos que detenernos antes, siquiera brevemente, en la capacidad para contratar que un menor puede poseer.

Para ello, hemos de mencionar el artículo 1263 del Código Civil que, como es sabido, impide prestar consentimiento a los menores no emancipados y a los incapacitados, artículo que debe ser interpretado de forma conjunta con el párrafo cuarto del artículo 1301 del Código Civil, donde se indica que cuando la acción de nulidad se refiera a los contratos celebrados por menores o incapacitados el plazo de cuatro años para ejercer la acción comenzará a correr desde que salieran de la tutela.

Esta interpretación conjunta lleva a que sea *communis opinio* que el menor sí puede contratar siempre y cuando tal contratación se encuentre realizada dentro de la ley y de los usos sociales, pudiéndose en caso contrario impugnar el contrato bien por su representante o bien por el propio menor cuando alcanzase la mayoría de edad o por el propio incapaz si pudiera salir del régimen de tutela. Dicho de otro modo, los contratos celebrados por menores o incapaces son anulables<sup>239</sup>.

---

Disposición Adicional Octava .3 de la Ley 30/95, apreciando 12 días de hospitalización, sobre los que no ha habido controversia y que deben ser indemnizados con la suma de 659,47; se admiten 521 días de baja sin asistencia hospitalaria, que no es un período de rehabilitación hasta que se considera la sanidad del menor coincidiendo con la estabilización de las lesiones, es decir cuando ya no precisa un tratamiento médico efectivo, porque facultativamente ya no se esperan cambios anatómicos o funcionales importantes, de forma que, a partir de entonces, ya se puede hablar de secuela o secuelas con o sin tratamiento rehabilitador, y en cuyo período se practicaron intervenciones diversas, además de periódicas revisiones ambulatorias; tratamiento que no es equivalente a una rehabilitación en el sentido de que no haya sido curativa, y de cuyo período de tiempo se computan 345 como días de curación impositivos extra hospitalarios, y los otros 176 se califican como días de baja no impositivos; también se valora el perjuicio estético que deriva de la lesión ocular por la microftalmía y la presencia de enoftalmos en el ojo izquierdo lesionado, además de la necesidad de gafas protectoras o parches inestéticos; igualmente se valoran con arreglo al baremo la pérdida de agudeza visual y el síndrome de estrés postraumático, que se traduce en retraso en el rendimiento y aprendizaje, sentimientos de tristeza, falta de adaptación y socialización, irritabilidad, pataletas, alteraciones del sueño, pesadillas, gritos y conductas regresivas, así como la incapacidad permanente parcial, en su grado máximo por la existencia alguna sintomatología psicoemocional fuera del trastorno de estrés postraumático. Por lo demás, se aprecia el concepto de daño moral tanto en el menor como en sus padres, y se computan los gastos realizados”.

<sup>239</sup> Por todos, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (2009), “Comentario art. 1263 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 1494 y 1495, “[e]l hecho jurídico de la minoría de edad no hace que se considere

Parece claro que nuestro Código Civil busca otorgar una especial protección al menor o incapaz en la relación contractual que éste pueda mantener, no sólo permitiendo el ejercicio de la acción de nulidad, sino también a través de los efectos que de ésta se derivan, ya que además de la obligación de los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato (art. 1303 del CC), el artículo 1304 del Código Civil exime al contratante incapaz de la obligación de restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera<sup>240</sup>.

Los efectos de la acción de nulidad se limitan a lo señalado, pues tal y como han indicado las Audiencias Provinciales, no puede interpretarse que de la nulidad del contrato celebrado por el menor se deriven de manera automática daños hacia éste ni de tipo patrimonial ni de naturaleza moral, señalando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo número 38/2007, de 27 de febrero (FJ. 1º), que “[l]a responsabilidad reclamada no tiene encaje en lo previsto en el art 1303 del C. Civil, efectivamente la sentencia anula el contrato concertado por el hijo del demandante, menor de edad, con la demandada, pero conforme a Jurisprudencia reiterada dicho contrato no era inexistente sino solo anulable (STS 1.2.89 o 2.6.89) y hasta que se anuló plenamente las obligaciones nacidas del mismo vinculaban a las partes, siendo que la anulación solo obliga por el art. 1303 citado a restituirse cada parte lo que hubiera obtenido de la contraria por razón del contrato, por ello la demandada no cobra los servicios telefónicos prestados por virtud de aquel, pero para que además se de lugar a una indemnización por perjuicios morales, que es lo que se

---

inexistente; puesto que el artículo debe interpretarse conjuntamente con los artículos 1301 y 1302. Se tratará en principio de contratos no nulos sino anulables –sólo por el menor o incapacitado o su representante legal- (SSTS 29 noviembre 1958 [RJ 1958, 3811], 19 diciembre 1977 [RJ 1984, 2497], en contra, hay quien considera la nulidad más protectora del incapaz cuando carezca de representantes legales). El contrato surge plenamente eficaz y es válido, aunque sometido a una potencial ineficacia sobrevenida si se anula”; RIBOT IGUALADA, J. (2010), “Comentario al art. 1263 CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 1384, “[d]el art. 1263 no cabe derivar siquiera una presunción *iuris tantum* de que el contratante menor o incapacitado carecen de la capacidad de prestar consentimiento contractual. Si así fuera se trasladaría a la parte supuestamente protegida la carga de demostrar que poseía la capacidad natural para celebrar el contrato impugnado por la otra. Si el menor o el incapacitado contrata fuera del ámbito dentro del que la ley o los usos sociales le autorizan a hacerlo, su representante legal o el propio menor desde que alcance la mayoría de edad o el incapacitado desde que salga de la tutela, son los únicos legitimados para valorar si resulta conveniente para sus intereses impugnar el contrato celebrado o no, al margen de si carecía o no de capacidad natural para otorgarlo. A la inversa, si la actuación del menor o del incapacitado se desarrolla en el ámbito en el que posee legitimación para actuar por sí sólo, no pueden este o su representante legal invocar el art. 1263 CC para que se presuma que carecía de capacidad natural para llevarlos a cabo”.

<sup>240</sup> EVANGELIO LLORCA, R. (1997), *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, McGraw-Hill, Madrid, p. 132, “[l]a justificación de esta regla la busca la doctrina en la protección de los intereses del incapaz. «La finalidad de este precepto –dice DELGADO ECHEVERRÍA- es arbitrar una protección adecuada para los incapaces, especialmente los menores, de quienes puede temerse que enajenen sus bienes para derrochar el precio... La protección acordada en forma de anulabilidad sería ilusoria sí, para conseguir la restitución de lo por ellos dado, se vieran obligados a pagar con cargo a su patrimonio el equivalente recibido y malgastado»”.

reclamó en la demanda y no se acogió en la sentencia y, por tanto, es por lo que se recurre, no cabe simplemente atender a la anulación regulada en el citado precepto como si tal indemnización fuera consecuencia necesaria de la anulación. Por el art. 1101 del C. Civil la indemnización de daños y perjuicios procede si el demandado hubiera incurrido en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del pacto, es decir, en la prestación del servicio telefónico contratado, pero precisamente lo acaecido en este caso es lo contrario, el servicio telefónico se prestó con toda diligencia y sin deficiencias, por lo que no existiría en ello incumplimiento contractual generador de la responsabilidad que se solicita. La falta de diligencia que le imputa el apelante al demandado se debe y así lo determina la sentencia a la conducta de este último de no cerciorarse debidamente (puesto que la demanda de contratación por el menor se realizó por vía telefónica) de que aquel con quien contrataba tenía capacidad legal para ello. Sería esta una negligencia coetánea a la propia celebración del contrato que, como razona la sentencia de forma impecable, precisamente motiva la anulación del pacto y que el demandante no esté obligado a pagar los servicios prestados, pero para que además se genere una responsabilidad por daños morales causados al menor es preciso que estos consten acreditados como reales y ciertos y como directa y principalmente causados por aquella contratación”.

Continuando con la idea de que el menor o incapaz puede celebrar un contrato siempre y cuando se efectúe conforme a la ley y los usos sociales y siempre teniendo presente que tal contrato puede ser anulable en pos de la protección del menor o incapaz contratante, cabe cuestionarse si el incumplimiento del contrato válido puede generar responsabilidad del menor o incapaz por daños conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil y más concretamente, si podría apreciarse la existencia de daños extrapatrimoniales.

Algunos autores concluyen que si consideramos que el menor de edad puede ser sujeto de obligaciones admitidas socialmente también puede responder por incumplimiento de las mismas, siendo posible, en consecuencia, solicitar por la parte perjudicada una indemnización de daños y perjuicios conforme al régimen general de responsabilidad contractual comprendido en el Código Civil<sup>241</sup>.

La argumentación señalada parece lógica, sí permitimos la validez de determinados contratos celebrados por menores de edad automáticamente habrá que aceptar los efectos

---

<sup>241</sup> LÓPEZ SAN LUIS, R. (2001), *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, p. 214, “en virtud del artículo 1101 del Código Civil, todo menor que contraviniera de cualquier modo el tenor de las obligaciones de los actos que le estén permitidos social (“actos de la vida corriente”), o jurídicamente, (actos válidos con eficacia claudicante), está incumpliendo y, por tanto, responde contractualmente, pudiéndosele exigir la indemnización de daños y perjuicios. Dicho de otra manera, todo menor que realiza un contrato de los que la doctrina denomina “actos de la vida corriente”, o aquellos actos que el menor realiza sin intervención de sus representantes legales cuando el consentimiento de éstos sea preciso, y no se ejercite la acción de nulidad del artículo 1301 del Código Civil, estando, por tanto, ante un contrato válido pero con eficacia claudicante, si el menor no satisface las prestaciones debidas, podemos decir que está incumpliendo y que, por tanto, incurre en responsabilidad contractual, puesto que el contrato existe y está vigente, aunque tenga eficacia claudicante”.

que deriven de estos contratos, cómo la existencia de daños por su incumplimiento, entre los que se encontraría el daño moral, siempre y cuando se dieran los requisitos necesarios para su estimación.

Ahora bien, también es cierto que no hemos podido encontrar ninguna sentencia en la que se aprecie responsabilidad del menor de edad por los daños contractuales provocados. A nuestro entender, esta falta de jurisprudencia puede deberse a dos motivos: por un lado, la insolvencia que suele caracterizar a todo menor de edad, lo que implica que sea poco práctico para la parte afectada reclamar daños por incumplimiento contractual al menor infractor. Y, por otro lado, la especial garantía que posee el menor con la acción de nulidad, es decir, el menor (o su representante) si no pudiera cumplir su obligación contractual tendría la opción de valerse de esta acción para anular el contrato celebrado y, de esta forma, poder evadir cualquier responsabilidad contractual derivada del incumplimiento.

Podemos concluir que es perfectamente posible estimar la existencia de daños contractuales cometidos por menores de edad y entre ellos el daño moral, aunque en la práctica la apreciación de estos daños parece bastante complicada por la existencia de la acción de nulidad del artículo 1301 del Código Civil y por la insolvencia económica que, como es obvio, caracteriza a la gran mayoría de los menores de edad.

**3.6 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)**

El Reglamento Roma I únicamente hace referencia a los daños contractuales en su artículo 12.1 c), donde se limita a establecer que la ley aplicable en la evaluación del daño será la que se establezca en el mismo Reglamento, optándose en su artículo cuarto por determinar la ley aplicable (en defecto de elección de las partes) en función de cada tipo de contrato<sup>242</sup>.

---

<sup>242</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2008), "El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario la Ley*, nº 6957, sección doctrina, 30 May. 2008, Año XXIX, Ref. D-169 Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 5, "[l]a conexión con la ley aplicable al contrato o al «hipotético contrato» evita que surjan problemas de ajuste derivados de la relación tan estrecha que puede haber entre algunos deberes pre-contractuales (como el de información) y las sanciones contractuales asociados a su incumplimiento; o entre el comportamiento pre-contractual y la propia existencia del contrato"; CASTELLANOS RUIZ, E. (2009), *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, p. 55, "[e]l Reglamento Roma I señala la Ley aplicable a las «obligaciones contractuales». Pero lo hace «contrato por contrato». Los contratos se regulan por su propia Ley. De este modo, todas las obligaciones derivadas de un mismo contrato se van a regular por la misma Ley. Las obligaciones contractuales no son individualmente consideradas por el Reglamento Roma I sino que deben encuadrarse dentro de un contrato"; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009), *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, p. 114, "[e]l Reglamento Roma I no señala la Ley aplicable a cada obligación contractual por separado, sino la Ley aplicable a cada «contrato». De este modo, las obligaciones que nacen de un mismo contrato quedan sujetas a la misma Ley. Esta afirmación se apoya en el art. 3 Reg.

En definitiva, el Reglamento Roma I se limita a unificar el criterio relativo a la normativa aplicable en relación a la evaluación del posible daño originado en el seno de un incumplimiento contractual<sup>243</sup>.

Y si bien es seguro que como se expuso por la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS en la propuesta de Reglamento, “sus disposiciones establecen normas uniformes sobre la ley aplicable, detalladas, precisas e incondicionales y que no requieren ninguna medida de transposición en Derecho nacional. Si, por el contrario, los Estados miembros dispusieran de un margen de maniobra para la transposición de estas normas, se volvería a introducir la inseguridad jurídica que la armonización pretende precisamente suprimir”<sup>244</sup>, lo cierto es que debemos unirnos a aquellos autores que consideran que el Reglamento Roma I es insuficiente, más concretamente en lo que respecta al objeto de este trabajo y en general a la regulación de los daños contractuales.

Entendemos que podría haberse aprovechado la oportunidad para no sólo establecer cual sería la legislación aplicable en defecto de elección de las partes (no discutimos que aún así el Reglamento Roma I ha sido un gran logro jurídico a nivel europeo), sino para además haber dispuesto unos criterios (aunque únicamente hubiesen revestido un tono general)

---

Roma I, precepto que utiliza el término «contrato» y no el término «obligaciones contractuales» ni tampoco los términos «operación contractual», «situación contractual» o «conjunto de contratos».

<sup>243</sup> PRATS ALBENTOSA, L. (2008), “El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario la Ley*, N° 6978, Sección Tribuna, 30 Jun. 2008, Año XXIX, Ref. D-201, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 2, “[e]l objetivo fundamental del Reglamento es incrementar la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo haciendo previsibles para los ciudadanos las reglas para solucionar los conflictos de leyes, sin que ello impida que se reconozca al Juez un ámbito de decisión para que pueda determinar qué ley tiene «vínculos más estrechos» con el litigio”; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2009), “Comunitarización del derecho internacional privado y derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *Revista Española de Seguros*, n° 140, noviembre de 2009, p. 615, “[s]in negar sus evidentes méritos debe insistirse en que el sistema del Convenio de Roma y el RR I, no contiene más que una respuesta uniforme conflictual. Dicho en otros términos, unifica prima facie las reglas de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, excluyendo cualquier aspecto material”; AGUILAR GRIEDER, H. (2012), “Desafíos y tendencias en el actual derecho internacional privado europeo de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n° 2 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), p. 42, “[a]l margen de lo señalado, un análisis de la regulación contenida en el Reglamento «Roma I» nos muestra que el legislador de la Unión Europea ha tratado claramente de reforzar la seguridad jurídica, en el ámbito del Derecho aplicable a los contratos internacionales, en el seno del espacio europeo. Dicha tendencia del Reglamento, derivada de la actual voluntad política de las instituciones europeas en la regulación de los asuntos transfronterizos, está encaminada a alcanzar una mayor uniformidad de soluciones, entre los Estados miembros de la Unión, en lo concerniente a la ley aplicable a los contratos vinculados a más de un ordenamiento jurídico. El articulado del Reglamento constituye una prueba fehaciente de la preocupación de las instituciones europeas por potenciar en este sector, en la medida de lo posible, la certeza jurídica, esto es, la previsibilidad de sus soluciones conflictuales, de sus respuestas jurídicas; de tal manera que los operadores jurídicos puedan prever las consecuencias legales de sus actos”.

<sup>244</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2005), “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (presentada por la Comisión)”, *Documentos COM*, n° 650 (<http://eur-lex.europa.eu>), p. 4.

para conseguir armonizar si quiera mínimamente la regulación de daños contractuales a nivel europeo<sup>245</sup>.

En lo que se refiere al Reglamento Roma II, al igual que el posterior Reglamento Roma I, se limita a establecer cual será la ley aplicable en defecto de acuerdo entre las partes<sup>246</sup>. Este Reglamento opta en su artículo 4 por designar como regla general la ley aplicable del país

---

<sup>245</sup> En esta línea, por todos, CALVO CARAVACA, A.-L. (2009), "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), p. 133, "[n]o es menos cierto que ha dado un portazo a la nueva *Lex Mercatoria* y eventualmente a las –por lo demás, excelentes– codificaciones conocidas como *Principios* (los UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* y los *European Principles of Contract Law*). Pero, en todo caso, no es menos cierto que la existencia de respuesta a ambas cuestiones resulta preferible al silencio anteriormente vigente bajo el Convenio de Roma de 1980 desde el punto de vista de la seguridad jurídica y que, por lo que respecta a los *Principios* o sobre todo un *Marco común de referencia*, queda abierta la posibilidad de su posible consideración en el futuro como un haz de soluciones materiales a los problemas de la contratación internacional"; FRANZINA, P. (2009), "Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 1 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), p. 93, "[l]a obra de unificación normativa realizada por el Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I") es una obra incompleta. Es incompleta desde un punto de vista material, porque algunas categorías de relaciones contractuales quedan excluidas de su esfera de aplicación. Es incompleta desde un punto de vista temporal, porque las disposiciones del Reglamento sólo se aplicarán a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009. Es incompleta desde un punto de vista "geográfico", porque un Estado miembro de la Comunidad Europea, Dinamarca, no está vinculado por el nuevo Reglamento. Y es incompleta también desde un punto de vista que se podría definir "operacional", porque la aplicación concreta del reglamento implica la necesidad de afrontar algunas cuestiones – como la del tratamiento procesal de la ley extranjera aplicable, por ejemplo – que no encuentran respuestas (por lo menos explícitas y exhaustivas) en el mismo reglamento. Esta característica plantea, de manera general, el problema de la coordinación del Reglamento "Roma I" con las normas internas, internacionales y supranacionales aplicables, en los Estados miembros, a los contratos que presentan un elemento extranjero".

<sup>246</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2003), "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II")", *Documentos COM*, nº 427 (<http://eur-lex.europa.eu>), p. 5, "en vez de tener que estudiar normas a veces muy diferentes de conflicto de competencia legislativa de todos los Estados miembros cuyos tribunales podrían ser competentes para juzgar un asunto, la presente propuesta permite a las partes limitarse al estudio de un único régimen de normas de conflicto, reduciendo así los costes del litigio y reforzando la previsión de las soluciones y la seguridad jurídica"; SEUBA TORREBLANCA, J. C. (2005), "Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento "Roma II", *Indret* 1/2005, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 16 y 17, "[s]egún el art. 1.1, el ámbito de aplicación material del Reglamento lo constituyen las obligaciones extracontractuales, siempre que, lógicamente, exista un conflicto de leyes. Hecha una delimitación positiva de las obligaciones extracontractuales, el Proyecto realiza a continuación una delimitación negativa al afirmar, por un lado, que "no se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas" (art. 1.1, 2º párrafo; en igual sentido, art. 1.1 Bruselas II) y, por otro, al listar una serie de obligaciones extracontractuales que tampoco quedan incluidas y que son: 1) las derivadas de relaciones familiares o asimiladas que dependan del Derecho de familia, 2) las derivadas de los regímenes matrimonial y sucesorio, 3) las relacionadas con instrumentos negociables, 4) las de los socios y órganos sociales respecto a las deudas de la sociedad, así como las relacionadas con los encargados del control legal de los documentos contables, 5) las surgidas entre fideicomitentes, fiduciarios y fideicomisarios, y 6) las derivadas de un daño nuclear".

donde se produce el daño, aunque este criterio es matizado por el propio Reglamento en función de la obligación extracontractual ante la que nos encontremos<sup>247</sup>

En cuanto a lo que debe entenderse por daño conforme al articulado del Reglamento Roma II, debemos señalar que su artículo 2.3 b) opta por especificar que el “el daño, incluirá cualquier daño que pueda producirse”. Sin duda, el contenido del artículo 2 implica que podemos considerar recogido el daño moral dentro del ámbito de actuación del Reglamento Roma II cuando así corresponda.

Sin embargo, si sumamos al apartado tercero del artículo 2 el contenido del artículo 15 de esta misma norma, donde se contemplan los aspectos que debe regular la ley aplicable a la obligación extracontractual conforme a este Reglamento, obtenemos que la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños, así como la indemnización que por estos corresponda, dependerá de la ley que resulte aplicable de forma individualizada a cada obligación extracontractual<sup>248</sup>.

Por lo tanto, la posible apreciación e indemnización del daño moral padecido dependerá de la legislación y jurisprudencia de los Tribunales nacionales que conforme al Reglamento Roma II sean competentes en cada caso concreto.

Es precisamente este resultado lo que nos lleva a la misma conclusión que hemos obtenido sobre el Reglamento Roma I, y es que sin intención de desvalorar la gran función que desarrolla el Reglamento Roma II al establecer unos criterios de competencia legislativa y judicial a nivel europeo en materia extracontractual, creemos que se ha desaprovechado la oportunidad de haber fijado unos criterios oficiales mínimos de armonización en el tratamiento de daños extracontractuales.

Por todo ello, no podemos sino afirmar que tanto el Reglamento Roma I como el Reglamento Roma II no esclarecen ningún aspecto sobre el daño moral, únicamente otorgarán a las partes la posibilidad de conocer la legislación que corresponda aplicar en

---

<sup>247</sup> TORRALBA MENDIOLA, E. (2012), “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, *Indret* 1/2012 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 6, “[e]l Reglamento parte de un esquema en el que, junto a una norma general basada en la regla *lex loci delicti*, admite la autonomía de la voluntad en ciertas circunstancias y no para la totalidad de los supuestos de responsabilidad extracontractual, y recoge además reglas especiales para algunas categorías de responsabilidad cuyas características se consideró que así lo justificaban”.

<sup>248</sup> JIMÉNEZ BLANCO, P. (2009), “Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, p. 755, “[s]erá esta ley la que establezca el elenco de personas “víctimas” con derecho a la indemnización, decidiendo sobre la inclusión (o no) de las víctimas primarias y secundarias, de quiénes han sufrido daños económicos o también morales, etc. [art. 15.f) Roma II]”; CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009), “El Reglamento «Roma II»: Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 712, p. 901, “[e]sta previsión cubre toda evaluación de todo tipo de daño producido: moral, psicológico, material, de oportunidad, etc. Cubre también el sistema de determinación concreta de la indemnización derivada de los daños producidos”.



cada situación y, como resultado de ello, el poder investigar si cabe apreciar la existencia y el resarcimiento de daños extrapatrimoniales en la legislación y jurisprudencia nacional europea correspondiente.

### 3.7 Convención de Viena

La Convención de las Naciones Unidas de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980 (publicada en el Boletín Oficial del Estado número 26 de 30 de enero de 1991), recoge en la Sección dos de su capítulo V las medidas para la indemnización de daños y perjuicios.

Más concretamente, el artículo 74 CISG establece que la indemnización por los daños contractuales padecidos comprenderá “el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento”, no pudiendo esta indemnización exceder de la pérdida que se hubiera previsto en el momento de la celebración del contrato.

Como es evidente, el artículo 74 no realiza mención alguna al daño moral contractual. Sin embargo, tal y como venimos viendo a lo largo de todo este trabajo, la falta de referencia al daño moral de un texto normativo no tiene que implicar necesariamente la exclusión del mismo.

En este caso, el tono general empleado en la redacción del artículo 74 permite que sea posible encontrar posturas diferenciadas sobre la inclusión de los daños extrapatrimoniales en el texto de la CISG<sup>249</sup>.

Por un lado, hallamos autores que son reticentes al resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato a través de la Convención de Viena, ya que ésta en su artículo 5 se autoexcluye de aquellas situaciones en las que las mercaderías puedan provocar la muerte o lesión corporal del comprador.

Esta autoexclusión relativa a la responsabilidad por la muerte o por los daños personales que pueda experimentar el comprador ha llevado a sostener a algunos autores que no es posible argumentar que el interés de las partes sea moral o, lo que es lo mismo, que la Sección segunda del Capítulo V no es de aplicación al daño moral<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2001), *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Universitat de les Illes Balears, Facultat de Dret. Àrea de Dret mercantil, Palma de Mallorca [tesis inédita], p. 322, “[e]n principio no parece claro, al menos desde una interpretación puramente gramatical, cuál debe ser el contenido del concepto “perjuicio”. No está claro si se incluye en él solamente los daños materiales o también los intangibles o morales, si se incluyen los lucros cesantes, legal *detriment*, etc. Con todo, la importancia que la doctrina da a la inclusión de las expectativas en la definición del incumplimiento esencial es distinta según la familia jurídica a la que pertenece el intérprete y la importancia que se quiera dar al elemento objetivo o al subjetivo”.

<sup>250</sup> MARTÍN PAIVA, R. (2004), “Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*

Frente a esta postura, encontramos otro sector doctrinal que sí es favorable a entender incluido el daño moral dentro del articulado de la Convención. Ahora bien, los razonamientos que llevan a admitir esta posibilidad varían entre los diferentes autores.

La postura favorable a la admisión del daño moral en el texto de la CISG puede resumirse simplemente en que en el texto del artículo 74 que mencionábamos al comienzo de este apartado no puede encontrarse ningún elemento que excluya la apreciación y el resarcimiento del daño moral, pues así lo ha confirmado LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL al sostener que “[e]l artículo 74 no excluye las pérdidas derivadas de daños a intereses inmateriales, como las que afectan al prestigio de una parte agraviada a raíz del incumplimiento de la otra parte. Algunos fallos han reconocido tácitamente el derecho a indemnización de los daños y perjuicios resultantes de atentados contra la reputación o el buen nombre, pero por lo menos uno negó que ese derecho estuviera protegido por la Convención. Un tribunal consideró infundada una reclamación por pérdida de clientela y pérdida de reputación”.<sup>251</sup>

---

(<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html#286>), epígrafe 4.2.1.3, “[i]t could be argued that the interest of the parties can be of moral nature, but it should be borne in mind that the Convention does not apply to death or personal injury. Obviously, this category includes pain and suffering, as it affects qualities inherent in human beings”; en la misma línea, GOTANDA, J. Y. (2006), “Opinión Consultiva No. 6, Valoración de los Daños y Perjuicios conforme al Artículo 74 de la CISG”, Consejo Asesor sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG-AC”) (<http://www.cisgac.com>), p. 20, “[e]l daño patrimonial causado por la pérdida del fondo de comercio también es, en principio, resarcible conforme al Artículo 74. Sin embargo, el Artículo 74 no permite la indemnización del daño moral o inmaterial”; SCHWENZER, I. (2010), “Comentario art. 74 CISG”, en SCHWENZER, I. (editor), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª edición, Oxford, p. 1015, punto 39, “[t]he Convention does not expressly exclude liability for non-pecuniary loss. Therefore, damages which are purely non-pecuniary may be recoverable where the intangible purpose of performance became part of the contract, rendering the loss incurred a typical consequence of non-performance. If one, however, shares the preferable view that damage incurred, eg due to loss of reputation or loss of chance are pecuniary in nature, it is hardly conceivable that there remain any non-pecuniary losses against which sales contracts intend to protect. In particular, damages for pain and suffering, mental distress and loss of amenities cannot be claimed on the basis of Article 74. Parties to international sales contracts do not contract and pay for undisturbed enjoyment of life”.

<sup>251</sup> CNUDMI (2010), “Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, *Publicación de las Naciones Unidas* ([www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)), p. 232; PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>. P. (2001), “El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law* (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>), capítulo VI, punto 174, a), c’), “[e]n el concepto de daños recogido en el artículo 74 CNUCCIM se acoge el daño actual o daño efectivamente sufrido y el lucro cesante o ganancia dejada de obtener. Parece asimismo que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación otros tipos de daños siempre que cumplan con el test de la previsibilidad del artículo 74 CNUCCIM y, en particular, que puedan configurarse como consecuencia posible del incumplimiento del contrato. En otros términos, los daños directos y los indirectos pueden ser reclamados. Así por caso, el daño moral (pérdida de reputación, por ejemplo), sea o no éste causado por una actitud fraudulenta o engañosa. No parece que queden incluidos los daños punitivos (*punitive damages*), esto es, los que derivan de una actitud maliciosa, fraudulenta o engañosa y que tienden a penalizar a la parte causante de los daños”; SAIDOV, D. (2005), “Damages: the need for uniformity”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 25, University of Pittsburgh (<http://jlc.law.pitt.edu/ojs/index.php/jlc/index>), pp. 398 y

Otros autores optan por defender la inclusión del daño moral en la CISG a través de una interpretación conjunta de este texto normativo con los Principios UNIDROIT, ya que el artículo 7.4.2 (2) de estos Principios recoge expresamente la posibilidad de que el daño derivado de incumplimiento contractual pueda ser de tipo no pecuniario, como EISELEN, quien indica que el artículo 7.4.2 de los Principios UNIDROIT permite argumentar que el contenido del artículo 5 de la CISG debe ser interpretado restrictivamente en el sentido de que únicamente puedan ser excluidas las lesiones corporales o la muerte, pero no otros daños personales como los daños a la reputación<sup>252</sup>.

Junto a todas estas opiniones, encontramos juristas que aceptan la posibilidad de la inclusión de los daños morales en el artículo 74 de la CISG, aunque entienden que el reconocimiento de los daños no patrimoniales a través de este artículo es complicado.

Los motivos que exponen para sostener esta argumentación consisten básicamente en recordar los límites que el mismo artículo 74 contempla, es decir, según este sector doctrinal sería realmente complejo poder probar por la parte afectada que el daño moral contractual reclamado hubiera sido previsto en el momento de la celebración del contrato, lo que sumado a la exclusión de la aplicación del articulado de la CISG sobre la compraventa de bienes para uso personal que la misma Convención recoge en su artículo 2 a), dificulta realmente el resarcimiento de daño moral contractual a través del artículo 74<sup>253</sup>.

---

399, "viewing the issue of loss of reputation exclusively through its connection with profitability of business would mean underestimating the value of the phenomenon of reputation. On this basis, I suggest that reputation should be regarded as an independent "asset" of a commercial actor which is a value in itself.<sup>16</sup> Since damage to reputation would mean an injury to this value, it should be regarded as a "loss" within the meaning of Article 74 CISG".

<sup>252</sup> EISELEN, S. (2004), "Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG", *Pace Law School Institute of International Commercial Law* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>), punto d., "[t]here is one radical difference between the damages provisions in the CISG and those in the UNIDROIT Principles, namely in respect of non-pecuniary damages or damages resulting from personal injury or death. Article 5 CISG excludes the claim for such damages from the scope of the Convention. Therefore, whether a party will be entitled to such damages will depend on the provisions of the applicable national legal system. However, article 7.4.2 of the UNIDROIT Principles specifically includes liability for such damages. This does not so much reflect a difference in the basic approach between the CISG and UNIDROIT Principles as the fact that the drafters of the CISG wished to remove the complex area of products liability from the sphere of the CISG. The fact that such a provision is included in the UNIDROIT Principles provides good grounds for arguing that the provisions of article 5 CISG should be restrictively interpreted and only the liability for personal injury or death should be excluded, but not other personal damages such as damage to reputation".

<sup>253</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. (1998), "Comentario al art. 74 CISG", en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (director y coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, pp. 593 y 594, "[l]a tentación de resolver en sentido negativo la cuestión de la resarcibilidad en la Convención del *daño no patrimonial* sin más argumento que el del «acento patrimonial» de la expresión «el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener» en el inciso primero del artículo primero debe ser resistida. Dichas palabras de la versión española de la Convención se corresponden con locuciones de las versiones inglesa («*the loss, including loss of profit*») y francesa («*à la partie subie et au gain manqué*») iguales a las utilizadas con idéntica finalidad en los artículos 82 y 86 LUVI, donde ciertamente no bastaron para evitar una polémica sobre la resarcibilidad del daño no patrimonial en la Ley Uniforme, que la opinión dominante resolvió afirmativamente. Por no mencionar que ni entre

Entendemos que los límites que recoge el artículo 74 CISG y al que el anterior grupo de autores se refieren no constituyeron una novedad en nuestro ordenamiento ya que, como es sabido, este artículo guarda una gran semejanza con el artículo 1107 de nuestro Código Civil. Y es precisamente esta semejanza lo que nos lleva a afirmar que el requisito de que el daño reclamado tenía que haber sido previsto en el momento de la celebración del contrato no debe suponer un impedimento para el reconocimiento del daño moral contractual, pues tal y como veremos en los próximos capítulos, nuestra jurisprudencia contempla la

---

nosotros ni en el Derecho francés se han considerado las letras de los artículos 1.1106 CC y 1.149 *Code* argumento sólido contra la resarcibilidad del daño moral contractual; que también se reconoce de forma expresa en los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* de UNIDROIT. Pero habida cuenta de que la Convención no es aplicable ni a las compraventas de bienes (que el vendedor reconozca o pueda reconocer comprados) para uso personal, familiar o doméstico [art. 2 a); comp. art. 5.2 LUVI], los únicos cuya carencia suele causar al comprador perjuicio no patrimonial, ni sobre todo, a diferencia de la Ley Uniforme, a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas por las mercaderías a cualquier persona (art. 5), es prácticamente imposible concebir en el ámbito de la aplicación de la Convención un ejemplo de incumplimiento que cause al comprador un daño no patrimonial que cumpla el criterio de imputación objetiva del inciso segundo del artículo comentado: del que pueda sensatamente afirmarse que el vendedor asumió al contratar el riesgo de indemnizarlo. Sólo así puede sostenerse, con la opinión general, que el daño patrimonial no es resarcible en la Convención; y en el bien entendido de que un perjuicio medible en dinero, como por ejemplo la pérdida de negocio provocada por el deterioro del crédito o prestigio ante la clientela, no deja de ser patrimonial, indemnizable en la cantidad que el juez o Tribunal arbitral estime razonable si previsible al tiempo de contratar, por el hecho de que no pueda cifrarse con exactitud”; OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000), “Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena. La indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” art. 77 CISG. Comentario a la STS de 28 enero 2000 (RJ 2000, 454)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 5, p. 216, “la obligación del contratante incumplidor de indemnizar en concepto de daños cuenta con un límite expreso establecido en el segundo inciso del artículo 74, según el cual esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato”; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2007), “El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema”, *Revista E-Mercatoria*, Volumen 6, nº2 de 2007 (<http://www.emercatoria.edu.co/>), p. 9, “los daños no pueden exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato. Se trata de dos estándares distintos. Uno se centra en el punto de vista subjetivo de la parte incumplidora (lo que hubiera previsto), mientras que el otro, muy probablemente el que predominará en caso disputa, se fija en lo que debiera haber previsto (estándar objetivo). Precisamente, como este límite de la previsibilidad opera en el sentido de limitar la cantidad de dinero en concepto de indemnización de los daños y perjuicios, es muy probable que las partes ostenten puntos de vista contradictorios acerca de que se habrán de entender por pérdida previsible”; ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2009), “El contrato de compraventa internacional de mercaderías”, *VLEX internacional*, nº 4, enero 2009 (<http://vlex.com/vid/56280361>), p. 12, “[c]ualquiera de las partes contratantes podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes. Esa indemnización -que comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte, como consecuencia del incumplimiento-, no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”.

posibilidad de resarcir el daño moral contractual pese al contenido del artículo 1107 del Código Civil, por lo que entendemos que encontrándose la Convención de Viena publicada en el Boletín Oficial del Estado al igual que nuestro Código Civil, la aplicación que nuestros tribunales han realizado del artículo 1107 CC sobre los daños no patrimoniales debe ser extensible al artículo 74 de la Convención.

Diferente es la autoexclusión que la CISG realiza sobre la compraventa para bienes de uso personal, ya que aunque esta autoexclusión no implique la imposibilidad de tratar el daño moral a través de la Convención, si que es cierto que por las características intrínsecas del daño moral supondrá una limitación a los supuestos en que el mismo podrá ser estimado, aunque insistimos, esta limitación no debe ser interpretada como una eliminación tácita en el articulado de la CISG del daño moral contractual. Pensemos, por ejemplo, en el daño moral que una persona jurídica puede soportar como consecuencia del incumplimiento en una compraventa internacional de mercaderías.

En cuanto a aquellos autores que defienden la exclusión de los daños no patrimoniales de la Convención, bien por la falta de referencia en su articulado a estos daños, o bien por la exclusión que el artículo 5 CISG realiza sobre la muerte o lesión que las mercaderías puedan causar, podemos argumentar que éstas opiniones se encuentran alejadas de la realidad jurídica actual, pues, por un lado, el que en una norma no se haga mención expresa a un tipo de daño no debe suponer que tal daño no pueda ser valorado y resarcido, mientras que, por otro lado, sostener que el daño moral debe encontrarse vinculado con el fallecimiento o lesión de una persona implica atentar contra el carácter autónomo que el daño moral posee y que intentaremos defender a lo largo de todo este trabajo.

Por no mencionar que la realidad jurídica actual se orienta hacia la aceptación del daño moral por incumplimiento del contrato, siendo muestra clara de ello los Principios Europeos del Contrato, los Principios UNIDROIT, o el Borrador del Marco Común de Referencia, instrumentos que han sido utilizados en ocasiones por parte de la doctrina para interpretar el texto de la Convención, aunque algunos autores hagan un uso selectivo de éstos en sus interpretaciones, como es el caso de GOTANDA (a quien citamos en páginas anteriores como autor contrario al resarcimiento del daño moral a través de la CISG), quien tras negar taxativamente la inclusión de los daños no patrimoniales en la Convención, procede acto seguido a justificar el resarcimiento del fondo del comercio a través de la CISG argumentando para ello que el mismo es contemplado en los PECL y en los principios UNIDROIT<sup>254</sup>. Dicho sea con todo el respeto, nos parece incoherente valerse de estos instrumentos para extender el texto de la Convención hacia el fondo del comercio y no hacia el daño moral contractual, cuando este tipo de daño moral es recogido de forma expresa por ambos instrumentos jurídicos.

---

<sup>254</sup> GOTANDA, J. Y. (2006), p. 21, “[a]unque el Artículo 74 no establece expresamente el resarcimiento de la pérdida del fondo de comercio, tal indemnización está permitida conforme al principio del resarcimiento integral consagrado por este mismo artículo.106 Además, el Artículo 9:501 (2)(a) de los PCEL y el Artículo 7.42 de los Principios UNIDROIT permiten el resarcimiento de la pérdida del fondo de comercio”.

Por todo ello, afirmamos que el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980 no excluye el daño moral por incumplimiento de contrato y, más concretamente, consideramos que la aplicación de este artículo por los tribunales españoles, en lo que al resarcimiento del daño moral se refiere, debe ser semejante a la interpretación que nuestros órganos juzgadores realizan del artículo 1107 de nuestro Código Civil.

Sobre la interpretación que los tribunales efectúan del artículo 74, hemos de comenzar diciendo que ésta variará en función de la nacionalidad del tribunal, por lo que es imposible hablar de un criterio jurisprudencial común en lo que a la inclusión del daño moral contractual en la Convención de Viena se refiere.

De esta forma, podemos encontrar resoluciones en las que el órgano juzgador no conceda indemnización por daño moral por considerar que es inviable la protección de la imagen comercial a través de la Convención, o por entender que el daño moral carece de una importancia suficiente como para ser resarcido<sup>255</sup>.

Por el contrario, también es posible encontrar resoluciones en las que el tribunal admite tanto el resarcimiento de daños patrimoniales como de daños morales<sup>256</sup>. Parece que todo dependerá del tratamiento que los órganos juzgadores de cada Estado otorguen al daño moral en consonancia con su legislación nacional.

### **3.8 Referencias a daños en el Derecho foral**

#### **3.8.1 Derecho civil foral del País Vasco**

La única referencia a “daños” en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco, la encontramos en su artículo 123 (perteneciente al Libro I del fuero civil de Vizcaya), en el que se establece que “las cuestiones entre el vendedor y el comprador, relativas a la responsabilidad por daños y perjuicios, serán

---

<sup>255</sup> Por todas: *Abstract* de la Sentencia de *Cour d'appel* de Grenoble de 21 de octubre de 1999, Francia, “[e]l Tribunal de Apelación confirmó la sentencia imponiendo la reparación de los perjuicios sufridos al no suministrarse la mercancía e invocó a este respecto el artículo 74 de la CIM. El tribunal observó que no había forma de reparar con la CIM el deterioro de la imagen comercial y modificó la sentencia por la que se habían concedido daños y perjuicios por este concepto”; *Abstract* del Laudo Arbitral Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia correspondiente al caso N° 54/1999, de 24 de enero de 2000, “[r]especto del segundo envío de mercaderías, el tribunal arbitral dispuso que el comprador no había probado que su reputación hubiera sufrido a results del estado de las mercaderías en cuestión. El tribunal observó que el incumplimiento del contrato por parte del vendedor no pudo haber reportado un daño grave a la reputación de las mercaderías afectadas ni dificultado en gran medida la venta de las mercaderías consignadas en el segundo envío”.

<sup>256</sup> Como ejemplo, podemos citar: *Abstract* de la Sentencia del Tribunal de Apelación del Estado de *São Paulo*, Sala 16ª de Derecho Privado 1.170.013-1, de 3 de julio de 2007, Brasil, “[d]ebido a una presunta usurpación de marca de fábrica o de comercio el vendedor presentó una demanda en el Tribunal de Distrito de Diadema en que pedía la rescisión del contrato, y una indemnización por daños y perjuicios contractuales y morales. El Tribunal de Distrito dictó una sentencia parcialmente favorable al vendedor”.

resueltas en período de ejecución de sentencia, y en pieza separada, por los trámites de los incidentes”<sup>257</sup>.

Antes de comentar esta referencia a los daños contractuales en el Derecho Foral Vasco, debemos comenzar aclarando que como se desprende del mismo artículo, esta reseña al daño contractual se refiere únicamente a los bienes troncales, o dicho de otra forma, aquellos bienes patrimoniales que fallecido el poseedor sin posteridad, en vez de pasar al heredero regular, vuelven, por ministerio de la ley, a la línea, tronco o raíz de donde vinieron<sup>258</sup>.

Como puede apreciarse, el párrafo tercero del artículo 123 establece un inusual trámite procesal para la reclamación de daños en la compraventa de bienes troncales<sup>259</sup>, y en este

---

<sup>257</sup> Art. 123 Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco: “Cuando el bien raíz se enajene sin previo llamamiento, cualquier tronquero cuyo derecho sea preferente al del adquirente podrá ejercitar la saca foral, solicitando la nulidad de la enajenación y que se le adjudique la finca por su justa valoración. Deberá ejercitar este derecho en juicio ordinario, promovido contra el vendedor y comprador, dentro del plazo de tres meses desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o, en defecto de ella, desde que tuvo conocimiento de la enajenación. Cuando se diere lugar a la saca, el tronquero deberá consignar en el Juzgado el precio en que se valore la raíz, sobre el cual tendrá el comprador preferencia respecto de cualquier otro acreedor del vendedor para reintegrarse del precio de su compra con sus intereses. Las cuestiones entre el vendedor y el comprador, relativas a la responsabilidad por daños y perjuicios, serán resueltas en período de ejecución de sentencia, y en pieza separada, por los trámites de los incidentes”.

<sup>258</sup> Sobre la troncalidad, URRUTIA BADIOLA, A. M. (2005), “El Derecho Civil vasco: nuevas perspectivas”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año 3, nº 6, p. 14, “[e]n Bizkaia, dos son las instituciones que aparecen vinculadas a la vecindad local vizcaína, la troncalidad y la comunicación foral”; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2011), “Sucesión troncal aragonesa y comparación con la del Derecho vasco ante una eventual reforma”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, año 11, número 23, 2012, pp. 31 y 32, “puede decirse que la troncalidad que afecta a todos los bienes raíces de la Tierra Llana de Vizcaya es un auténtico estatuto de la propiedad. Toda la raíz es troncal, todos los bienes inmuebles son troncales. La ley vincula la propiedad del suelo a la troncalidad. Y en una interpretación conjunta de los artículos 17 y 19 de la LDCFPV cabría incluir todos los aspectos de la propiedad de los bienes inmuebles, como suelo y vuelo, edificios y derecho a edificar”.

<sup>259</sup> CELAYA IBARRA, A. (1997), “Comentario al art. 123 de la Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXVI, Ley sobre el derecho civil foral del País Vasco, Edersa, Madrid, pp. 539 y 540, “[n]o resulta razonable que tengan que seguir un nuevo juicio para resolver sus diferencias, y por ello el párrafo tercero del artículo 123 ordena que estas cuestiones se resuelvan en ejecución de sentencia y que para su tramitación se abra una pieza separada. En ella podrá el comprador solicitar a quien le enajenó la finca que ha de devolver que le resarza de los perjuicios que se le hayan causado, y el propio vendedor podrá también reclamar cuando el precio señalado al tronquero sea inferior al de la transmisión a extraño”; LORCA NAVARRETE, A. M. (2003), “Derecho Procesal y Foralidad en Vascongadas. En Particular el Proceso de saca Foral en la Doctrina y en la Reciente Jurisprudencia”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 9/2003 (Estudio), (BIB 2003\954), ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 32, “es, en trámite de ejecución de sentencia –en pieza separada– y a través del trámite de incidentes, en el que han de ser resueltas las cuestiones entre vendedor y comprador «relativas a la responsabilidad por daños y perjuicios» (art. 123LDCFV). La opción procesal del fuero no es del todo satisfactoria pues instaura, en un trámite procesalmente autónomo, como es la ejecución de sentencia, otro trámite procesal autónomo, de índole declarativo mediante pieza separada, con el fin de resolver las cuestiones de responsabilidad ex ante por daños y perjuicios entre vendedor y comprador. El fuero se decanta por los incidentes insertos en un trámite de ejecución de

sentido actúa la Audiencia Provincial de Vizcaya, afirmando en sus resoluciones que la reclamación de daños derivados de una compraventa de bienes troncales debe efectuarse en una pieza separada<sup>260</sup>.

Por lo tanto, podemos resumir que el derecho foral vasco únicamente contempla en lo que a daños se refiere una especialidad procesal (aceptada en el Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993<sup>261</sup>) cuando tales daños deriven de una compraventa de bienes troncales afectados por las reglas vecindad de Vizcaya.

Por ello, entendemos que la falta de referencia a la naturaleza del daño que puede ser reclamado a través del artículo mencionado debe interpretarse en el sentido de que sería posible entender incluidos en el artículo 123 los daños morales, siempre y cuando se den los requisitos necesarios de prueba para ello.

### 3.8.2 La Compilación y el Código Civil de Cataluña

El Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, realiza una referencia expresa al daño moral en el apartado tres de su artículo 55 (perteneciente al capítulo X, el régimen de participación en las

---

sentencia cuya finalidad es, según la norma foral, únicamente declarar la «nulidad de la enajenación» (art. 123 LDCFV). Hubiera sido más acertado haber dejado en libertad a las propias partes para desvincular las cuestiones relativas a la responsabilidad por daños y perjuicios de la ejecución de la sentencia que se pronuncie en el proceso de saca y, en tal caso, que hubiesen utilizado de su derecho ante quien y como corresponda según la LECiv.”.

<sup>260</sup> A modo de ejemplo: Auto de Audiencia Provincial de Vizcaya número 473/2005, de 19 de julio, FJ. 2º, “[e]s indudable, de que con independencia de los conceptos que ahora ha adelantado la parte apelante como comprensivos de los daños y perjuicios, y con independencia igualmente de lo que al final resulte acreditado, la vigencia de lo dispuesto en el art. 123 de la Ley Foral expresada, impone la necesidad de la apertura de una pieza separada al objeto de determinar los daños y perjuicios entre comprador y vendedor, lo que así habrá de ser determinado al objeto de que con la debida contradicción e inmediatez se valore la existencia o inexistencia de los mismos, y la determinación que en su caso proceda”; Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya número 479/2003, de 17 de julio, FJ. 2º, “[y] es que en derecho, no podía tener otra actuación, pues por una parte la ley aplicable ninguna consecuencia de resarcimiento o devolución hace en favor de la parte vendedora y porque además si los daños y perjuicios derivados se deben solventar en ejecución de sentencia, en dicha sentencia deberían quedar determinados cuáles son los conceptos que pueden considerarse daños y perjuicios derivados de la nulidad de la venta, pronunciamiento que no existe”.

<sup>261</sup> Auto Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993: “El Tribunal Constitucional, por Auto de 1 de diciembre actual, ha acordado tener por desistido al Presidente del Gobierno de la prosecución del Recurso de inconstitucionalidad número 2685/1992, interpuesto contra el inciso final del párrafo segundo del artículo 6.º («salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero»); los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 30 y 94; la regla o punto 2 del artículo 123, y el artículo 132, de la Ley del Parlamento Vasco 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, quedando en consecuencia sin efecto la suspensión de los preceptos de dicha Ley mantenida por Auto de 30 de marzo último, y declarándose terminado este proceso constitucional”.



ganancias)<sup>262</sup>, contemplando que serán contabilizadas en el pasivo las cantidades obtenidas en concepto de daño moral<sup>263</sup>.

Sin embargo, esta referencia al daño moral ha sido sustituida posteriormente por el legislador catalán por la expresión “daños personales” en el artículo 232 20 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se establece el Código Civil de Cataluña, Libro Segundo de Persona y Familia<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> Art. 5 RDL 1/1984, de 19 de julio: “Del total resultante según el artículo 54 se deducirán, si subsisten, y según su valor en el momento de la liquidación: 3. Las cantidades procedentes de indemnizaciones por daños corporales o morales de la persona o por pensiones alimenticias o de invalidez, u otras de carácter igualmente personalísimo”.

<sup>263</sup> PUIG FERRIOL, L. (1990), “Capítulo XI, de los regímenes de la comunidad”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXVII, vol 2º, comentario a los artículos 52 a 96 de la Compilación de Cataluña, Edersa, Madrid, p. 5, “el principio de contribución al sostenimiento de las cargas familiares en la asociación a compras y mejoras debe resolverse, en defecto de pacto, por las normas que establece la compilación para el régimen de separación de bienes (cfr. Su art. 50), como resulta también del artículo 55-3”; BARRADA ORELLANA, R. (2010), “El régimen de participación en las ganancias”, en MONJE BALMASEDA, Ó. (coordinador), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, p. 485, “se contabilizan en el pasivo las cantidades obtenidas como indemnización durante la vigencia del régimen que procedan de daños corporales o morales de la persona y las recibidas como pensiones alimenticias o de invalidez, así como aquellas otras de carácter personalísimo”.

<sup>264</sup> Art. 232 20 Código Civil de Cataluña: “1. El patrimonio inicial de cada uno de los cónyuges comprende todos los bienes que le pertenecían en el momento de iniciar el régimen, una vez deducidas las cargas que los afectaban y las obligaciones. Si el pasivo del patrimonio inicial es superior al activo, debe computarse el valor negativo, salvo que las partes acuerden otra cosa. 2. Al patrimonio calculado de acuerdo con lo establecido por el apartado 1 debe añadirse: a) El valor de los bienes adquiridos a título lucrativo durante la vigencia del régimen, una vez deducidas las cargas que los afectaban. b) Las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de vigencia del régimen. 3. El valor de los bienes es el que tienen en el momento en que se extingue el régimen, teniendo en cuenta el estado material en que se hallaban al inicio del régimen y, en cuanto a los adquiridos a título gratuito, el estado material en que se hallaban en el momento de su adquisición”; sobre este artículo, SOLÉ RESINA, J. (2010), “El régimen económico matrimonial de participación en las ganancias”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. C., YSÁS SOLANES, M., SOLÉ RESINA, J. (autores), *Derecho de familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 199, “[c]on relación a la determinación del patrimonio inicial de cada uno de los cónyuges, establece el art. 232-20.1 CCCat que comprende todos los bienes que le pertenecían en el momento de comenzar el régimen, una vez deducidas las cargas que los afectaban y las obligaciones. Y añade este precepto que “si el pasivo del patrimonio inicial es superior al activo, se debe computar el valor negativo, salvo que las partes acuerden otra cosa”. Este segundo inciso hay que entenderlo en el sentido de que si las cargas y las obligaciones que pesaban sobre el patrimonio de cada cónyuge al inicio del régimen era superior al valor de los bienes y derechos, el resultado negativo se debe tomar en consideración para el cálculo de la ganancia que dicho cónyuge ha obtenido a la extinción del régimen (se computa lo que tiene y lo que debía y ya no debe). Y a este resultado hay que añadir (art. 232.20.2 CCCat): a) El valor de los bienes adquiridos a título lucrativos durante la vigencia del régimen, una vez deducidas las cargas que los afectaban. Cabe señalar que estos bienes no se corresponden con el patrimonio inicial de los cónyuges, pues se trata de bienes adquiridos después, mientras se halla vigente el régimen, por donación, herencia o legado; y b) Las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de vigencia del régimen. Pues dichas indemnizaciones, claro está, no encajan en el concepto de ganancias, que es el objeto del crédito de participación”; PANISELLO MARTÍNEZ, J. (2011), “Comentario art. 232-20 CC Cataluña”, en DE PAULA PUIG BLANES, F., SOSPEDRA NAVAS, F. J.

Aunque no alcanzamos a entender el porqué de que en este texto posterior no se haya mantenido la referencia expresa al daño moral, pensamos que podemos considerar incluido en el concepto daño personal el daño moral (más aún cuando la Compilación foral continúa estando vigente), por lo que únicamente nos encontraríamos ante una diferencia de “estilo literario”.

Es evidente que la Compilación Foral catalana presenta una redacción más completa en lo que se refiere al régimen de participación matrimonial que el Código Civil nacional<sup>265</sup>, siendo un claro ejemplo de ello la referencia al daño moral que realiza el artículo 55.

Sin embargo, pese a la falta de referencia en el Código Civil nacional tanto al daño patrimonial como al extrapatrimonial en la liquidación del régimen de participación, parte de la doctrina sostiene que de la interpretación conjunta de los artículos 1422 y 1426 se puede concluir que entre las obligaciones y deudas no satisfechas debe incluirse las indemnizaciones por daños, por lo que en lo que al daño moral se refiere no debería existir diferencia práctica entre la ejecución del artículo 55 de la Compilación catalana y la aplicación de los artículos 1422 y 1426 del Código Civil.

Además, esta idea se ve reforzada con el artículo 1366 del Código Civil que aunque se refiere a la sociedad de gananciales, algunos autores entienden que un principio nada debería impedir realizar una aplicación analógica del mismo. Como es sabido, este artículo indica que las obligaciones extracontractuales de un cónyuge derivadas de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal deben ser responsabilidad de ésta<sup>266</sup>.

---

(coordinadores), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 338, “hemos de tener en cuenta que habrá que añadir al patrimonio inicial: 1. El valor de los bienes adquiridos a título lucrativo durante la vigencia del régimen de participación, deducidas las cargas. 2. Las cantidades procedentes de indemnizaciones por daños personales, deducidas las cargas”.

<sup>265</sup> DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A. (2007), *Sistema de Derecho civil, volumen IV, derecho de familia, derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, p. 217, “[e]n el sistema establecido por nuestro Código Civil la composición del patrimonio final de cada cónyuge es sumamente sencilla. Está formado, dice el artículo 1.422, por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones que no estén todavía satisfechas”.

<sup>266</sup> Por todos, DE LOS MOZOS, J. L. (1999), “Comentario a los arts. 1425 y 1426 del CC”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, vol. 3º, Edersa, Madrid, p. 235, “[l]o que tampoco cabe duda es que, entre las deudas u obligaciones todavía no satisfechas, hay que comprender las derivadas de responsabilidad civil extracontractual, adaptando al régimen de participación lo dispuesto para el de gananciales por el artículo 1.366 del Código Civil, y siempre que no excedan, por analogía, de aquellos términos que, según el precepto citado, responde la comunidad, puesto que, en lo demás, pueden dar lugar a que se computen en el activo del cónyuge responsable, al haber obrado por dolo o culpa grave, por hallarse en la misma situación que las disminuciones del patrimonio debidas a fraude de los intereses del otro cónyuge”; ÁLVAREZ OLALLA, P. (2013), “Comentario art. 1422 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 1907 y 1908, “[e]l patrimonio final está integrado por todos los bienes y derechos de que sea titular el cónyuge en el momento de extinción del régimen, incluidos los que ya existían en el momento inicial, los que después haya adquirido por cualquier título, gratuito u oneroso, y los frutos que en ese momento subsistan. Los bienes que existieron en un momento

En cambio, otros autores si bien admiten que dentro de la deducción de las obligaciones a la que se refiere el artículo 1422 del Código Civil pueden incluirse los daños, entienden que únicamente cabría hablar en este caso de daños patrimoniales pues son los únicos contabilizables<sup>267</sup>.

Aunque es cierto que un daño patrimonial puede presentar una contabilización más objetiva que un daño extrapatrimonial, debemos rechazar este razonamiento, pues entendemos superada la idea de que la dificultad en la cuantificación de los daños extrapatrimoniales deba ser motivo de exclusión de los mismos, por lo que siempre y cuando se den los requisitos de prueba necesarios para ello, no podemos entender los daños morales excluidos del artículo 1422 del Código Civil, máxime cuando no existe ningún indicio en el texto de este artículo que pueda llevar a sostener lo contrario.

Por todo ello, podemos concluir que si bien el artículo 55 de la Compilación de Cataluña presenta una redacción más extensa que el Código Civil nacional en lo que al daño moral en la liquidación del régimen de participación matrimonial se refiere, a efectos prácticos no existe diferencia en este aspecto con el Derecho común, pues consideramos que del contenido de los artículos 1422 y 1426 del Código Civil no se desprende ningún indicio que pueda llevar a sostener una exclusión de estos daños.

### **3.8.3 Derecho civil de Galicia**

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, recoge en sus artículos 73, 113, 142 y 170 referencias a daños.

---

intermedio sólo pueden ser computados en el patrimonio final en virtud de lo establecido en los artículos 1423 y 1424, es decir, si fueron donados sin el consentimiento del otro cónyuge o fueron enajenados fraudulentamente. Las donaciones al otro cónyuge están excluidas del patrimonio final del donante pues la aceptación de la misma implica el consentimiento exigido en el artículo 1423. Sí deberán computarse en el patrimonio final del cónyuge donatario, pero también en el inicial (art. 1418.2º) de tal modo que sólo serán ganancias las plusvalías. Respecto a los frutos, si no existen al finalizar el régimen, rige la presunción de que fueron consumidos para atender las cargas del matrimonio. En caso de extinción por fallecimiento, el ajuar familiar que pertenecía al fallecido no debe computarse en su patrimonio final si se adjudica al otro cónyuge en virtud del artículo 1321. Hay que incluir las indemnizaciones por daños inferidos a la persona del cónyuge, pero también en su patrimonio inicial, para que resulten ganancias sólo las plusvalías (v. art. 232-20 b) del Código Civil catalán”.

<sup>267</sup> Por todos, MORALES MORENO, A. M. (1993), “Comentario al art. 1426 del CC.”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, pp. 837 y 838, “[e]n las indemnizaciones por daños, aún no satisfechas, parece que debemos diferenciar el régimen, según el carácter personal o patrimonial del daño. El crédito derivado de un daño patrimonial se contabiliza, ya que sustituye a la pérdida de valor que ha supuesto el daño. Los créditos derivados de daños a bienes personales no se contabilizan, pues la indemnización en este caso no sustituye a un elemento patrimonial contabilizable en la ganancia, sino que compensa el daño sufrido en un bien extrapatrimonial”.

Sin embargo, el único artículo que se refiere a los daños de forma general, sin vincularlos a un elemento patrimonial (daños graves a fincas, daños en los bienes) es el artículo 73, donde se expone que «el propietario o persona que utilice el agra, en su nombre o por título distinto, y use la parcela o parcelas sin respetar los usos indemnizará por los daños y perjuicios ocasionados»<sup>268</sup>.

Sobre este artículo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 22/2010, de 13 de octubre (FJ. 8º), aclara que “el art. 73 a la postre viene a permitir que cada propietario de una finca integrante del agra o del vilar cambie el tipo de cultivo, rompiendo la homogeneidad sin más límite que la obligación de indemnizar a los demás propietarios si les causa algún perjuicio”<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> RODRÍGUEZ MONTERO, R. P. (2001), “El derecho civil en Galicia, la ley de derecho civil de Galicia y el futuro derecho civil de Galicia: apuntes, ideas y sugerencias”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, p. 748, “el legislador gallego, en su afán por contemplar e incluir todas las posibilidades jurídicas que se pudiesen producir en la realidad gallega, ha querido conservar, salvo el “foro”, todas las instituciones de clara raigambre consuetudinaria que se encontraban recogidas en la antigua Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia, de 2 de diciembre de 1963 -como por ejemplo, “a veciña”, el “cómaro”, “ribazo” o “arró”, las “agras” o “vilares”, las “augas de toma a toma” o “pilla pillota”, la “compañía familiar gallega”, los “muiños de herdeiros”, etc.”; RODRÍGUEZ MONTERO, R. P. (2003), “Problemática jurídica en materia de serventías: diversas consideraciones generales en torno a su regulación actual y futura”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, p. 1011, “[s]alvo prueba en contrario, se presume serventía alternativa de agra o vilar, el servicio de paso realizado para llevar a cabo ciertas tareas agrícolas por temporadas determinadas, según los usos tradicionales del lugar, que se haya venido ejercitando con regularidad a través de diversas fincas, que encontrándose o habiéndose encontrado sometidas a cultivos a la misma mano u hoja, hubiesen formado parte de un agro, o que en la actualidad formen parte de un agra o vilar”; sobre el tratamiento por la jurisprudencia de la institución de las agras: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 2/2010, de 17 de febrero, FJ. 5º, “[e]s evidente y obvia la preocupación que el legislador gallego (tanto el de 1995 como el actual del 2006) otorga a los “pasos”, y es evidente también que pretende, en lo posible, el mantenimiento de los antiguos que estén consolidados o puedan consolidarse en el futuro. Así lo demuestra el resurgir - permítasenos la expresión- de la institución de la serventía, incluso con presunción legal de existencia caso de agras o vilares”; REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2008), “Derecho civil de Galicia: presente y futuro”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 46, julio-diciembre 2008, p. 25, “[s]e contiene en el título VI de la Ley 2/2006 la regulación de los derechos reales que, siguiendo una sistemática muy similar a la Ley 4/1995, comprende instituciones diversas práctica: los montes vecinales en mano común (arts. 56 a 63 LDCG) – incorporándose ahora también los llamados “montes abertales” (art. 64 LDCG) cuya existencia en el ámbito consuetudinario ya había sido admitida por la STSJG 24 de julio de 2001 [RXG 32, 190] –, la comunidad en materia de aguas (arts. 65 a 67 LDCG), los muiños de herdeiros (arts. 68 a 70 LDCG), las agras y los vilares (arts. 71 y 74 LDCG), el cómaro, ribazo o arró y otras formas de relación de vecindad como la gabia, el resío o la venela (art. 75 LDCG)”.

<sup>269</sup> En este sentido, BUSTO LAGO, J. M. (2008), “Comentario al art. 73 Ley de Derecho Civil de Galicia”, en REBOLLEDO VARELA, Á. L. (coordinador), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 378, “[e]l art. 73 LDCG –al igual que su precedente, el art. 23 de la Ley de 1995- supone acabar con el carácter imperativo de los cultivos uniformes en las fincas que forman parte de agras o vilares (MOURE MARIÑO, *Dereito civil de Galicia*, pg. 154; REBOLLEDO, *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXXII-1. pg. 247), pues pueden modificarse unilateralmente indemnizando a los perjudicados (técnicamente estamos en presencia de un supuesto de causación de un daño no antijurídico que genera la obligación de indemnizar)”.

Por lo que, en relación con el tema aquí tratado, sí de la vulneración de los usos existentes sobre la institución histórica del agra o vilar pueden derivarse además de daños patrimoniales daños morales, entendemos que la redacción de este artículo permitiría en un principio poder reclamar daños extrapatrimoniales por la vulneración de estos usos siempre y cuando se dieran los requisitos de prueba necesarios para ello.

Tema distinto sería que, con casi toda probabilidad, el daño padecido revistiese en la práctica totalidad de estas situaciones una naturaleza patrimonial, ya que pensemos que un conflicto en la utilización de estas instituciones afectaría a una actividad puramente económica, la producción agrícola y ganadera, cuya afección lo más probable es que derivase en daños económicos y no en daños morales, siendo muestra clara de ello la dificultad en la localización de jurisprudencia en la que se trate reclamación de daños morales por la parte afectada en estos casos.

#### **3.8.4 Código del Derecho Foral de Aragón**

Las referencias a los daños en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se establece el Código del Derecho Foral de Aragón son múltiples, pudiéndose clasificar en los siguientes grupos: menores, matrimonio, herencia, y daños causados por caídas de árboles.

Entendemos que los únicos daños recogidos en el texto del Código de Derecho Foral aragonés que no se encuentran limitados a vínculos puramente económicos se hallan reflejados en el grupo de daños relacionados con menores<sup>270</sup> y con los regímenes matrimoniales.

Con respecto al primer grupo, debemos comenzar indicando que el preámbulo del Código foral indica en su apartado III, punto 5 (concerniente a la persona menor de catorce años), que «a todo lo largo del Libro Primero del presente Código, se atiende a la libertad y los intereses morales y existenciales de los sujetos tanto o más que a sus intereses patrimoniales».

Entendemos que la primacía que otorga el Preámbulo a los intereses morales del menor es un indicio para poder sostener que cuando en el Libro Primero (referente al derecho de la persona) se realice una mención general al resarcimiento del daño padecido pueda entenderse incluido el daño moral.

De esta forma, podríamos considerar incluido el daño moral en los artículos 104.2 (daño padecido por la función tutelar sin culpa del tutor); 106 (daños a la persona tutelada

---

<sup>270</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2013), “Prestaciones personales del menor de edad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num. 9/2013 (doctrina) (BIB 2013\16) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p.14, “en el Código Foral de Aragón se hace reseña expresa al menor de catorce años - recordemos que en el Código civil español no se menciona edad alguna, mientras que en el Código civil de Catalunya se hace a la edad de los doce años”.

derivados de la actividad del tutor); 131 (responsabilidad solidaria por los daños causados por la no promoción de la tutela obligados a ello); 166.2, 2º (cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el acogido o de los que pueda causar a terceros); y el 176 (daños por falta de asistencia obligatoria a la junta de parientes).

Pocas novedades aportan los artículos citados con respecto al régimen común, ya que el artículo 104.2 encuentra su equivalente en el artículo 220 del Código Civil; el 106 en el 279 CC; el 131 en el 229 CC; y el 166.2, 2º en el 1903 CC. Únicamente encontraríamos como novedad el artículo 176, pues la Junta de Parientes es una institución desconocida para nuestro Código Civil.

Con respecto al artículo 106, si bien es cierto que en su semejante, el artículo 279 CC, no se hace referencia a los daños (a diferencia de los arts. 220, 229 y 1903 CC), parece evidente que la exigencia de rendir cuentas al tutor al cesar sus funciones incluye el posible resarcimiento de daños y perjuicios que haya podido irrogar al tutelado<sup>271</sup>.

En resumen, podemos sostener que la propia redacción de los artículos anteriormente citados de la Compilación de Aragón permite la inclusión del daño moral, argumento que encontramos reforzado con la redacción del Preámbulo de la misma compilación, así como con la interpretación conjunta que con los artículos equivalentes del Código Civil puede realizarse.

En cuanto al segundo grupo, los daños en el ámbito matrimonial, consideramos que el daño moral tendría cabida en los artículos 208.2 (daños por la gestión de bienes del otro cónyuge sin autorización de éste); 212.1 b) (posee carácter privativo el resarcimiento de daños y la indemnización de perjuicios causados a la persona de cualquiera de los cónyuges); 218 (son cargo del patrimonio común las indemnizaciones debidas por daños a terceros); 219 (los bienes comunes responden de las indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave).

Quizás podría ser discutible la inclusión del daño moral en el artículo 208.2 pues éste se refiere a una gestión de bienes sin autorización de su propietario, el otro cónyuge. Podría pensarse que el hecho de que el origen del daño padecido se encontrase en la gestión de bienes otorga al mismo un carácter patrimonial. Sin embargo, opinamos que de igual forma podría argumentarse que si existe un vínculo emocional del cónyuge propietario sobre el

---

<sup>271</sup> LETE DEL RÍO, J. M. (1993), "Comentario al art. 279 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo I, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 823, "el tutor saliente y sus herederos serán responsables de los daños y perjuicios que, por no haberse rendido en tiempo oportuno las cuentas, pudieran haberse irrogado a la persona que hubiere estado sometida a tutela o a sus causahabientes".

bien enajenado sin su autorización esto le ocasionaría un daño emocional, especialmente si además tal bien es irremplazable.

En cuanto al artículo 212.1 b), es evidente que guarda un gran paralelismo con el artículo 55 de la Compilación de Cataluña, por lo que pensamos que el razonamiento que ya expusimos al analizar esta norma es extrapolable a este precepto.

Entendemos que esta opinión se encuentra reforzada con los antecedentes legislativos del Decreto Legislativo 1/2011, y más concretamente con el artículo 38.5 de la derogada Ley 15/1967, de 8 de abril<sup>272</sup>, sobre el que LACRUZ BERDEJO sostuvo que “[p]or su relación con la personalidad, y también inspirándose en la idea de subrogación, el art. 38-5.º considera privativo el crédito de un cónyuge dirigido a la reparación de daños físicos o morales causados a él, así como el producto de la indemnización percibida”<sup>273</sup>.

Para finalizar este punto, podemos sostener que la última reflexión sería aplicable al resto de artículos mencionados, por lo que pensamos que también cabría la inclusión del daño moral en los mismos (arts. 218 y 219).

### 3.8.5 Fuero Nuevo de Navarra

Al igual que el Código de Derecho Foral de Aragón, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se establece la Compilación del Derecho Civil de Navarra, hace múltiples alusiones a la responsabilidad por daños.

La cuestión, al igual que en el resto de ordenamientos forales que hemos analizado anteriormente, con la excepción de Cataluña en donde sí se recoge directamente el daño moral, es sí entre las referencias generales a los daños que realiza la Compilación de Navarra podemos entender recogidos los daños extrapatrimoniales<sup>274</sup>.

A nuestro entender, las Leyes que dejarían abierta la posibilidad de incluir en su texto el daño moral son:

---

<sup>272</sup> Art. 38.5 Ley 15/1967: “Son bienes privativos de cada cónyuge: 5º. Aquellos que vienen a compensar por la privación de otros propios, o por los daños inferidos a los mismos o a la persona de un cónyuge”.

<sup>273</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (1993), *Estudios de derecho privado común y foral*, tomo III, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Bosch, Barcelona, p. 42.

<sup>274</sup> Como autor favorable a la inclusión del daño moral en el Derecho foral navarro, podemos citar a FERNÁNDEZ ASIÁIN, E. (1946), “La culpa extracontractual en el Derecho navarro”, *Príncipe de Viana*, año nº 7, nº 25, p. 744, “[s]i en la actualidad es indiscutible en España el resarcimiento económico del daño moral después de las sentencias del T. S. de 6 de diciembre de 1912, 14 de diciembre de 1917, 12 de marzo de 1928, 31 de marzo de 1930 y la constante y uniforme práctica de los Tribunales, lo es mucho más en Navarra por aplicación del Derecho romano como fuente supletoria de primer grado. Hacen referencia a estos daños el título 35, lib. 9 del Código; tit. 10, lib. 47 del Dígesto y el tit. 4, lib. 4, de la Instituta”.

1º) Ley 65, referente a la administración de los bienes de los hijos sometidos a potestad, donde se permite exigir el resarcimiento de daños provocados por una mala administración<sup>275</sup>.

Como puede apreciarse, el párrafo quinto de la Ley 65 sería el equivalente al segundo párrafo del artículo 168 del Código Civil. En un principio, puede parecer que el concepto de daño recogido tanto en la Ley 65 como en el artículo 168 se encuentra dirigido al ámbito patrimonial, pues no deja de ser un daño derivado de una incorrecta gestión de bienes. Sin embargo, al igual que mantuvimos sobre el artículo 208.2 de la Compilación aragonesa, entendemos que existe la posibilidad (aunque ésta sea mínima) de que en el supuesto de existir un vínculo emocional del menor propietario sobre el bien del que sus padres dispusieron, la acción de sus progenitores pueda derivar en un quebranto emocional, especialmente si el bien era irremplazable.

2º) Ley 83, 9): esta Ley indica que serán privativos de cada cónyuge el resarcimiento de daños y la indemnización de perjuicios causados a su persona o en sus bienes privativos.

Es evidente que esta Ley guarda un gran paralelismo con el artículo 212.1 b) de la Compilación aragonesa y con el artículo 55 de la Compilación de Cataluña, por lo que podemos extrapolar a este caso el razonamiento que nos llevó a afirmar la inclusión del daño moral en estos artículos<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> SANCHEZ REBUDILLA, F. D. A. (1990), "Comentario a la Ley 65 Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra", en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVI, vol 1º, Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, p. 298, "[e]l párrafo quinto de la ley 65 establece la posibilidad de exigir a los padres rendición de cuentas y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una administración dañina"; en el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2002), "Comentario a la Ley 65 Fuero Nuevo de Navarra", en RUBIO TORRANO, E. (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, pp. 182 y 183, "[c]omo a cualquier otro administrador de patrimonio ajeno, alcanza también a los titulares de la patria potestad el deber de rendir cuentas de la propia gestión. Sin embargo, en el caso de la patria potestad, no es un deber que surja y se tenga que cumplir en todo caso. La rendición de cuentas procede ante la petición de alguna de las personas que menciona el párrafo III de la ley 65, teniendo en cuenta la causa de terminación de la administración paterna: el administrador judicial, que haya venido a sustituir a los padres aunque no se haya extinguido la patria potestad; el hijo, cuando la terminación de la administración paterna coincida con la extinción de la patria potestad; y, en cualquier caso, el Ministerio Fiscal. La rendición de cuentas en el caso de los padres pierde gran parte de su sentido dado que a éstos les corresponde, salvo excepciones, el usufructo sobre los bienes de los hijos. Los padres son responsables de los daños y perjuicios ocasionados en el patrimonio de sus hijos. Dicha responsabilidad, que será solidaria salvo en los casos de ejercicio individual, se podrá hacer efectiva en el plazo de (caducidad) de tres años".

<sup>276</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., RAMS ALBESA, J. J. (1988), "La comunidad matrimonial de conquistas en Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 6, 2, p. 22, "[e]l apartado 9º reúne dos conceptos un tanto distintos: los daños causados a la persona, y a los bienes. Los unos son personales por su propio concepto: comprenden los daños físicos, corporales, y los daños morales: entre los primeros el *praetium doloris* y la indemnización por las disminuciones y pérdida de aptitudes, etc. Es claro que tales pretensiones y su resultado económico son personales, como suplencia de unas aptitudes físicas, unas posibilidades de ganancia, que le fueran arrebatadas a la persona. El resarcimiento por daños causados a los bienes no es



3º) Ley 147: esta Ley recoge en su párrafo segundo la responsabilidad de los parientes mayores por los daños y perjuicios que causaren por dolo o negligencia en el desempeño de sus funciones<sup>277</sup>.

La institución de los parientes mayores, si bien es desconocida para el Derecho común, parece poseer una gran importancia en el Derecho navarro<sup>278</sup>. Parece ser que la importancia

---

personal, pero sí es, evidentemente y por subrogación, bien privativo”; en la misma línea, encontramos a GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. I. (1995), “Comentario a la Ley 83 Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVI, vol 2º, Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, pp. 59 y 60, “[c]onforme al texto legal, procede distinguir entre los daños y perjuicios en la persona y los relativos a los bienes. a) Daños y perjuicios personales. Tendrán carácter privativo de cada cónyuge las cantidades que haya de percibir por seguros de vida o en razón de indemnizaciones por invalidez, incluso las cantidades que fueren satisfechas por Montepíos o Mutualidades laborales así como por la Seguridad Social. b) Daños y perjuicios en los bienes. Procede aquí una subdistinción: daños relativos a la propiedad de los mismos bienes (por ejemplo, incendio o ruina de un edificio), en cuyo caso la cantidad a percibir tendrá carácter privativa del cónyuge propietario; y daños relativos a los frutos pendientes en esos mismos bienes (por ejemplo, incendio o pedrisco de cosechas), en cuyo caso la indemnización a percibir corresponderá a la sociedad de conquistas, siempre que se trate de frutos ya aparentes conforme a la ley 354 del fuero nuevo”; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. (2002), “Comentario a la Ley 83 Fuero Nuevo de Navarra”, en RUBIO TORRANO, E. (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, p. 253, “[p]or el carácter sustitutivo o reparador del bien personal o patrimonial dañado, son legalmente privativos «el resarcimiento de daños y la indemnización de perjuicios causados a la persona de un cónyuge o en sus bienes privativos» (ley 83.9). El resarcimiento o la indemnización ingresan en el patrimonio del perjudicado como subrogados en sustitución del bien privativo dañado o como reparación compensatoria del daño personal sufrido. Comprende las indemnizaciones derivadas no sólo de la responsabilidad civil extracontractual o contractual, sino también del seguro de daños concertado o de la expropiación, entre los eventos más comunes. Tendrán carácter privativo las indemnizaciones por daños materiales o morales; pero no parece fundado reconocer tal carácter a los perjuicios económicos derivados de la inactividad del cónyuge, de la paralización de sus negocios explotaciones o de la transitoria improductividad de sus bienes, que, en correspondencia con la ganancialidad de los rendimientos, habría de reputarse de conquista”.

<sup>277</sup> Sobre la Ley 147, SALINAS QUIJADA, F. (2002), “Comentario a la Ley 147 Fuero Nuevo Navarra”, en RUBIO TORRANO, E. (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, p. 436, “[t]ermina la ley 147 con un párrafo en el que se establece la responsabilidad personal de los Parientes Mayores por los daños y perjuicios que causen por su actuación dolosa o negligente en el desempeño de sus funciones. Responsabilidad que es personal y no colegiada o institucional, lo cual exime de todo deber de indemnización al pariente mayor que mostró su desacuerdo con la decisión antijurídica adoptada por el otro pariente mayor y el tercero dirimente de la ley 145. Ese mismo principio de personalidad exime al «nuntius» en el que se delegue la mera ejecución del acuerdo doloso, fraudulento o realizado con infracción de normas. En caso de que el requerimiento haya sido realizado por los interesados infringiendo deliberadamente el orden de prelación legal, la responsabilidad sólo se extenderá al pariente mayor así designado si obró con conocimiento de la preterición del pariente preferente, haciéndose así partícipe de la actuación dolosa”.

<sup>278</sup> NAGORE YARNÓZ, J. (1995), “Comentario a las Leyes 144 a 147 Compilación del Derecho foral civil de Navarra”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVI, vol 2º, Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, p. 607, “[e]ste precepto, coherente también con la calificación de la función personalísima de parientes mayores, así como con la confianza a ellos encomendada, no hace sino remachar la función,

de la institución deriva en una amplia responsabilidad de quien ejerce el cargo de pariente mayor, y es precisamente la amplitud de esta responsabilidad lo que nos lleva a pensar que la misma puede derivar tanto en daños personales como en daños patrimoniales. De esta forma, entendemos que no existe impedimento para poder incluir el daño moral entre los posibles daños derivados de una actuación dolosa o negligente de quien ostente la posición de pariente mayor.

4º) Ley 555: Esta Ley contempla en su párrafo segundo que «cuando se interviene en asunto de otra persona a petición de ésta, pero sin ánimo de aceptar un mandato, sólo se responde del daño causado por el propio dolo».

Como puede apreciarse, la Ley 555 limita la responsabilidad del mandante a la existencia de dolo. De igual manera, la Ley 556 establece que del simple consejo no se deriva para quien lo da más obligación que la de indemnizar el daño causado por su dolo<sup>279</sup>.

A las Leyes 555 y 556 hay que sumar el texto de la Ley 559, en donde se refleja que “el mandante y el mandatario o, en su caso, sus herederos responderán de los daños causados por su culpa en la terminación o liquidación del contrato”.

Si bien es lógico pensar que en la práctica totalidad de los casos el daño padecido será de tipo patrimonial por la propia naturaleza del mandato, consideramos que existe la posibilidad, aunque sea mínima, de que pudieran ocasionarse daños morales y que en tal caso los mismos tendrían cabida en las anteriores leyes, pues entendemos que en su redacción no se excluye ningún tipo de daño<sup>280</sup>.

---

estableciendo el paralelo, fundamental en las libertades reguladas en los derechos forales, entre libertad y responsabilidad; una y otra personales. El Derecho foral navarro no admite refugio alguno en un colectivismo institucional; la persona ha de ser responsable, y precisamente por serlo, tiene libertad”.

<sup>279</sup>CÁMARA LAPUENTE, S. (2002), “Comentario a la Ley 555 del Fuero Nuevo de Navarra”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVIII, Vol.2º, Leyes 488 a 596 y disposiciones transitorias, adicional y final de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, p. 228, “[e]l grado de responsabilidad se aminora en buena lógica en comparación con el del mandatario, dado que el «emisario o *nuntius*» -así lo llaman las notas a la Recopilación Privada-, interviene en asuntos ajenos, pero de una manera tan sólo instrumental, accesoria y no desempeña propiamente una gestión sustancial con sus propias aptitudes, que repercutirá en el patrimonio de la persona que solicitó su intervención, sino que es un mero vehículo de los actos del interesado en el negocio, con facultades muy mermadas y escaso o más bien nulo margen decisorio; en definitiva, el nuncio no es él mismo contratante, y por ello no se le exige capacidad para contratar. Este exiguo marco de atribuciones (es sólo portador de voluntad ajena) explica que únicamente responda de los daños causados por su propio dolo, quebrantando la confianza en que se fundamenta el negocio”; ARCOS VIEIRA, M. L. (1996), “Sobre el contrato de mandato en el código civil y en el fuero nuevo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 22, p. 78, “en la ley 556, párr. 2.º: el «simple» consejo no genera otra obligación que la general de indemnizar los daños causados, aunque sólo para el caso de haber actuado el consejero de manera dolosa”.

<sup>280</sup> ARCOS VIEIRA, M. L. (2002), “Comentario Ley 559 Fuero Nuevo de Navarra”, en RUBIO TORRANO, E. (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, pp. 1906 y 1907, “la indemnización por los daños causados en la liquidación del mandato se refiere a la fase postcontractual durante la que subsisten determinados deberes a cargo, ya de los sujetos contratantes,

5º) Ley 566: Esta Ley sostiene que en los supuestos de doble venta “los compradores que conforme al párrafo anterior quedaren excluidos de la cosa sólo podrán reclamar del vendedor el resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios”<sup>281</sup>.

Parece evidente que la Ley 566 incluye una referencia a los daños contractuales que, entendemos, según la Ley 6 del Fuero Nuevo, puede ser interpretada conforme a lo establecido en el Código Civil<sup>282</sup>. Por ello, sobre esta última ley, consideramos que es posible mantener que los daños extrapatrimoniales pueden ser incluidos en la responsabilidad que el vendedor presenta respecto a los compradores que quedaran excluidos<sup>283</sup>.

### 3.9 Observaciones

Como ya mencionamos en la nota aclaratoria que se recoge al principio de este capítulo, podemos finalizar el mismo afirmando que la regulación de la figura del daño moral en el Derecho positivo español se caracteriza por ser realmente escasa, siendo esta carencia de regulación aun más pronunciada en el ámbito contractual.

De toda la normativa analizada, consideramos que pueden realizarse las siguientes apreciaciones:

I.- La regulación más extensa sobre el daño moral en el Derecho positivo español la encontramos en los apartados 3 y 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo,

---

ya de sus herederos. Para éstos, el deber de indemnizar puede por tanto derivar de la transmisión «mortis causa» de una obligación ya nacida en cabeza del causante, o nacer a consecuencia de su propia conducta culposa en la liquidación de un contrato previamente extinguido por el fallecimiento del «de cuius» (cfr. art. 1739 CC). En cuanto a los daños que deban indemnizarse, es evidente que dependerán de las circunstancias de cada caso”.

<sup>281</sup> LISO LARREA, M<sup>a</sup>. S. (2002), “Comentario Ley 566 Fuero Nuevo Navarra”, en RUBIO TORRANO, E. (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, p. 1934, “[p]artiendo del carácter obligacional de la compraventa, la Ley 566.II FN establece que, como consecuencia de la falta de entrega del bien vendido a cualquier comprador no preferido, éste tendrá derecho al resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios como única posible reclamación, sin distinguir si procedió de buena o de mala fe, lo que es justo en el primer caso y más dudoso sino hubo buena fe”.

<sup>282</sup> Ley 6 Fuero Nuevo de Navarra: “El Código Civil y las leyes generales de España serán Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la ley 1 ; y no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos”.

<sup>283</sup> NANCLARES, J. (2002), “Comentario a la Ley 566 Compilación del Derecho Civil de Navarra”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVIII, vol 2º, Leyes 488 a 596 y disposiciones transitorias, adicional y final de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, p. 384, “[t]odos estos casos de improcedencia de la evicción llevarían a conceder al comprador perjudicado la acción de resolución del contrato ex artículo 1124 C.c., con indemnización de daños y perjuicios (además de la acción penal consiguiente, llegado el caso) al no haberse producido la entrega real de la cosa comprada”.

de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, donde el legislador no se limitó únicamente a recoger el posible resarcimiento del daño moral sino que estableció una presunción de existencia de este daño, así como unos criterios mínimos para que el tribunal competente en cada caso concreto pueda valorar su existencia y fijar la indemnización que deba corresponder a la víctima de éste. Asimismo, se optó por aclarar que la acción para reclamar una indemnización por daños morales podrá corresponder además del afectado a sus causahabientes.

De todo el contenido de este artículo, entendemos que deben ser resaltados los criterios mínimos que mencionábamos, pues como ya estudiamos en el capítulo anterior, la opción de fijar unos criterios mínimos con el objeto de conseguir una cierta armonización en las resoluciones judiciales y/o una ayuda para el juzgador competente a la hora de enjuiciar daños de naturaleza extrapatrimonial ha sido incluida en algunos de los Códigos Civiles nacionales analizados en lo que respecta a la regulación del daño moral por incumplimiento del contrato. Además, podemos adelantar que, como se estudiará en el capítulo correspondiente, la fijación de unos criterios mínimos de valoración en la regulación del daño moral por incumplimiento del contrato no ha sido extraña para algunos de los conocidos como instrumentos de modernización del Derecho privado.

II.- La única referencia al daño moral contractual recogida en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos en el artículo 128 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aunque, como hemos mencionado en las páginas anteriores, a efectos prácticos, no aporta ninguna novedad pues la propia redacción de este artículo implica que sea necesario aplicar los artículos 1101 y siguientes del Código Civil para valorar el resarcimiento de un posible daño moral por la contratación de un producto o servicio defectuoso.

III.- Especialmente llamativa nos ha resultado la ausencia de cualquier mención al daño moral en el articulado de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya que, como expusimos en el apartado donde analizábamos esta Ley, es bastante probable que una conducta sexualmente discriminatoria pueda ocasionar un daño de naturaleza extrapatrimonial a quien la ha padecido. Además, esta omisión resulta aún más incomprensible si cabe si tenemos en cuenta que el legislador si optó por hacer mención a estos daños en el articulado de la derogada Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados, así como en el vigente Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

IV.- La falta de regulación del daño moral en el texto de una norma no debe ser interpretada automáticamente en el sentido de que dicho norma impida el reconocimiento y resarcimiento de los daños no patrimoniales en aquellas situaciones que sean objeto de la regulación contenida en su articulado.

V.- Esta carencia de regulación general del daño moral en la normativa española, en parte comprensible por los antecedentes históricos que esta figura ha tenido en España y que fueron analizados en el primer capítulo de este trabajo, implica, consecuentemente, que la labor de los tribunales españoles sea determinante en lo que a la valoración y resarcimiento de estos daños se refiere, no siendo posible realizar un estudio exhaustivo del tratamiento del daño moral en España y, en lo que concierne al objeto de este trabajo, del tratamiento del daño moral por incumplimiento del contrato, sin realizar un análisis de las principales situaciones en las que nuestros tribunales han estimado la existencia de estos daños así como los requisitos y criterios que han exigido y que han seguido para ello.

## CAPÍTULO 4. LA DIFICULTAD DE UNA CONCEPCIÓN UNÍVOCA DE DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

### 4.1 El incumplimiento contractual en el Derecho Civil español

#### 4.1.1 Noción de incumplimiento

El incumplimiento ha sido definido tradicionalmente como la lesión del derecho de crédito provocada por el deudor. Su definición y estudio se ha basado históricamente en el análisis de la mora imputable al deudor. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo otros autores se han planteado que si en lugar de basar el estudio de esta figura en la *mora debitoris* se emplease como referencia la posición del acreedor habría que definir el incumplimiento como el grado de satisfacción que ha recibido el derecho o interés por el que nació la relación obligatoria<sup>284</sup>.

---

<sup>284</sup> BADOSA COLL, F. (1987), *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Cometa, S.A., Zaragoza, pp. 12, 13 y 14, “[l]a doctrina del Derecho Común configuró la mora como un no cumplimiento en el momento debido, imputable al deudor. La cuestión de la imputabilidad al deudor se planteó con ocasión de dos temas. El primero hacía referencia al supuesto de que el deudor hubiera perdido por acto propio la disponibilidad de la cosa objeto de la obligación. El segundo fue la aplicación del principio *difficultas impedit roman*. Con todo, la cuestión más controvertida fue la relación entre el *id quod interest* y la prestación debida no cumplida”; BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1990), *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, pp. 13 y 14, “[s]e impone, pues, una reconstrucción de la estructura de la obligación apoyándose simultáneamente en el concepto y en el objeto de la misma con un criterio unitario y global y, en este sentido, me parece que la idea de considerar el comportamiento del deudor como punto de referencia para delinear el derecho del acreedor es, con toda la probabilidad, lo que mejor se compagina con una reconstrucción actual, global y unitaria de toda la problemática jurídica de la obligación, incluido el cumplimiento y el incumplimiento. Por todo lo anterior, estimo que el configurarse el comportamiento del deudor como el objeto del derecho del acreedor, es decir, la prestación, así como el admitir paralelamente la correlación existente entre la posición activa y pasiva constituye un planteamiento correcto. La palabra clave es, pues, el comportamiento, pero, para una más correcta comprensión de la estructura obligacional, debe admitirse la existencia de una cierta correlación, que no paralelismo –ya que son posiciones jurídicas distintas–, entre el comportamiento del deudor y el del acreedor”; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001), *Sistema de Derecho civil, volumen II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contrato en especial. Cuasicontratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, p. 203, “[l]a idea de incumplimiento de la obligación posee diferente sentido según que el fenómeno se contemple desde el punto de vista del deber jurídico del deudor o desde la perspectiva del derecho o del interés del acreedor. De acuerdo con el primero, lo que habrá que preguntar es en qué medida el deudor ha observado o ha infringido su deber. Conforme al segundo, habrá que investigar en qué medida ha recibido satisfacción su derecho o interés, a cuyo logro se encontraba enderezada la relación obligatoria”; MONTÉS PENADÉS, V. (2001), “Incumplimiento de la obligación”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. R., VERDERA SERVER, R. (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 130, “[e]n puridad, pues, el incumplimiento supone, en primer lugar, una omisión o defecto de la prestación. Se produce así un daño en el patrimonio del acreedor que consiste en la mera omisión de la prestación, pero que también puede consistir en la necesidad de realizar otros gastos o desembolsos o en la frustración de otros ingresos que cabía esperar de haberse realizado la prestación”; JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M. (2002), “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera. Cumplimiento, incumplimiento de las obligaciones”, en SIMÓ SANTONJA, V. L. (coordinador), *Instituciones de Derecho privado*, tomo III,

obligaciones y contratos, volumen 1º, Civitas Ediciones S.L., Madrid, pp. 158 y 159, “[p]erfilado el cumplimiento como ejecución de la prestación ajustada a los requisitos de identidad e integridad y de tiempo y lugar, de tal forma que así realizada libera al deudor y satisface el interés del acreedor; el concepto de incumplimiento como opuesto al cumplimiento sería la inejecución de la prestación o la ejecución defectuosa de la misma de tal forma que no libera al deudor ni satisface el interés que el acreedor tenía. Mas tal noción de incumplimiento, aun esencialmente cierta, es, sin embargo, un concepto meramente negativo del de cumplimiento o pago, “cuasi” fáctico y, por tanto, jurídicamente insuficiente, pues nuestro ordenamiento jurídico no atribuye las mismas consecuencias a todo incumplimiento, sino que matiza los efectos teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en la situación. Y para determinar los efectos del incumplimiento, pondera precisamente los elementos objetivos y subjetivos que han determinado tal situación. Así, el incumplimiento como concepto opuesto al pago se torna en categoría jurídica propia, conocida por la doctrina alemana y en España por Díez-Picazo como “lesión del derecho de crédito”. Y es que el incumplimiento como categoría jurídica propia determina que se sitúe en primer plano un elemento hasta entonces latente de la obligación: la responsabilidad del deudor”; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2004), “La frustración del interés del acreedor y el incumplimiento de la obligación”, en CAPILLA RONCERO, F. (coordinador), *Introducción al Derecho patrimonial privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 275, “[e]xiste, sin embargo, una tendencia a ceñir el término incumplimiento a los supuestos de lesión del derecho de crédito por causas imputables al deudor; hablando en los demás casos de extinción de la obligación o de resolución, según sean los efectos que se generen. Ello obedece a que esta disciplina se analiza desde la perspectiva del deudor y las consecuencias que para él se puedan derivar de la lesión del derecho de crédito, que son diferentes según le sea o no imputable”; LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007), *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones. Volumen primero. Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, p. 161, “[c]uando una deuda vencida y exigible no se cumple, ello puede significar («supuestos de incumplimiento»): a) que el deudor se retrasa en cumplir, siendo posible todavía el incumplimiento; b) que el incumplimiento es definitivamente posible; c) que el deudor ha realizado una prestación, pero inexacta cuantitativa o cualitativamente; d) que el deudor está dispuesto a no cumplir, pase lo que pase”; DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, pp. 541 y 542, “no puede olvidarse que en la relación confluyen la posición jurídica de deudor y la de acreedor. Por ello, a primera vista, las ideas de cumplimiento y de incumplimiento entrañan un juicio de valor sobre los actos del deudor y sobre la ejecución de las prestaciones. Se trata de valorar en qué forma el deber jurídico o deuda se ha cumplido o si, por el contrario, ha sido infringido. Este inicial esquema no debe oscurecer la idea de que el fenómeno es más complejo. Ante todo, porque, como también ha sido puesto de relieve, al lado del deber primario de prestación la deuda comporta una serie de deberes accesorios y, además, porque las ideas de cumplimiento e incumplimiento inicialmente referidas al deber jurídico de prestación tienen que integrarse contemplando la forma en que el interés del acreedor ha sido logrado. Si el punto de vista se muda y el fenómeno se contempla desde la perspectiva del acreedor, la categoría tiene que ser sobre todo satisfacción del derecho de crédito o, por el contrario, su insatisfacción, lesión o violación. Al lado de esas dos categorías –la adecuación de la prestación ejecutada y la satisfacción del interés del acreedor– tiene que contemplarse el interés que el deudor tiene en liberarse de la obligación que sobre él pesa”; ALBADALEJO, M. (2011), *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, S.L., Madrid, p. 184, “[e]l dolo, la culpa, o el caso fortuito o fuerza mayor, pueden acarrear, según he expuesto, el incumplimiento total o el cumplimiento inexacto de la obligación. Como también he señalado: 1º. Cuando el deudor no responde de ellos, el acreedor debe soportar el incumplimiento total o el cumplimiento inexacto, según que aquéllos hayan hecho definitivamente imposible el cumplimiento, o sólo hayan afectado a la posibilidad de realizarlo exactamente. 2º. Cuando el deudor es responsable de los mismos, procede exigirle, según se vio, bien el llamado cumplimiento forzoso o en forma específica, bien indemnización por daños y perjuicios, bien ambos”; ACEDO PENCO, Á. (2011), *Teoría general de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, p. 163, “[l]a obligación nace para ser cumplida, pues tal es la justificación de su propia existencia. Cuando el deudor no lleva a cabo la prestación, por motivos que le sean imputables, se produce el denominado incumplimiento de la obligación. En todos los supuestos en los que el acreedor no ve satisfecho el interés que perseguía al

Es por ello que tradicionalmente se ha considerado que el incumplimiento debe ir ligado necesariamente al derecho de crédito y, como consecuencia de esto, parece inevitable relacionar el propio concepto de incumplimiento con el de mora del deudor, lo que a su vez deriva en que parte de los autores hablen de distintos grados de incumplimiento<sup>285</sup>.

Sin embargo, esta concepción tradicional del incumplimiento ha ido evolucionando entre la doctrina, optándose por aplicar una noción más amplia por la que existe incumplimiento cuando el acreedor no ha obtenido el grado de satisfacción esperado con independencia de que esta falta de satisfacción sea o no imputable al deudor, por lo que la valoración de la conducta del deudor no será determinante para definir el incumplimiento en sí mismo<sup>286</sup>.

---

constituirse la obligación como consecuencia de la conducta del deudor, que no realiza la prestación debida, se genera el incumplimiento. Más sencillamente, existe incumplimiento de la obligación cuando por causas imputables al deudor no queda satisfecho el interés al acreedor. El Derecho arbitra diferentes mecanismos para hacerla efectiva cuyas consecuencias para aquél varían según puedan serle imputables o no, ocasionándose muy diversos los efectos dependiendo de las clases y motivos del incumplimiento”.

<sup>285</sup> A modo de ejemplo, ALBADALEJO GARCÍA, M. (1989), “Comentario al art. 1100 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M. (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, EDESA, Madrid, p. 358, “[h]ay incumplimiento, y no simple retraso, cuando el solo retardo hace ya: bien imposible la realización de la prestación (el operario que contraté no podrá cargarme la mercancía, si se presenta después de partido el vehículo que debía transportarla), bien quita al acreedor el interés de que sea realizada (alquilé un coche para que me llevase a cierta ciudad a presenciar determinado espectáculo; una vez celebrado éste, aún puede llevarme, pero ya no me interesa)”; BADOSA COLL, F. (1993), “Comentario al art. 1100 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 33, “[e]l «elemento» del supuesto de hecho de la *mora solvendi* es el *incumplimiento*. Lo dicho anteriormente sobre el tiempo-«período» permite distinguir el «incumplimiento» que es una infracción obligacional del mero «no cumplimiento» o mera abstención que carece de trascendencia jurídica. Mientras el deudor dispone de discrecionalidad para elegir el momento del cumplimiento si no cumple hay «no cumplimiento», cuando la discrecionalidad se acaba si no cumple hay «incumplimiento» o infracción obligacional. El paso de «no cumplimiento» a «incumplimiento», viene dado precisamente por la «incursión» o «constitución» en mora del deudor que es la constatación jurídica de la actitud del deudor de no cumplir”; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2001), *Compendio de Derecho civil. Tomo II. Obligaciones y Contratos. Volumen 1º*, EDESA, Madrid, p. 166, “[d]icho incumplimiento imputable puede ser debido a *dolo* o *culpa* o tratarse de *mora*, que es un tipo de incumplimiento parcial culposo (retraso culpable en el cumplimiento de la obligación). El artículo 1101 dispone: *quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas*. Se refiere esta norma a los supuestos de mora, culpa y dolo, y a los efectos de incumplimiento total o parcial (*de cualquier modo contravinieren*) y presupone, poniéndola en relación con los artículos 1096 y 1098, la ejecución *in natura* como preferente a la única que se alude en dicho artículo, la *indemnización de los daños y perjuicios causados*, cuando aquélla no sea posible”.

<sup>286</sup> Por todos, CRISTÓBAL MONTES, Á. (1989), *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, p. 19, “[e]l artículo español tiene el inconveniente de que centra el incumplimiento de las obligaciones sobre la conducta dolosa o culposa del deudor, sin advertir que el punto referencial en tema de incumplimiento no es el factor subjetivo del comportamiento del obligado sino el objetivo de la imposibilidad de la prestación. Otra cosa es que contratada ésta, haya de indagarse cuál ha sido la participación del deudor en su producción al objeto de dirimir responsabilidades; pero de ahí no cabe derivar que lo que debe



Una muestra de este desarrollo del concepto del incumplimiento la encontramos en la definición que recoge el artículo III. 1:102 (3) del Borrador del Marco Común de Referencia,

---

contemplarse en primer y principal plano a la hora de plantear la inejecución de una obligación sea el dolo o la negligencia del deudor”; VAQUER ALOY, A. (2003), “Incumplimiento del contrato y remedios”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, p. 526, [e]n cuanto a las propuestas del *soft law*, se observa, además de la configuración de un concepto unitario del incumplimiento, un desplazamiento del centro de gravedad de éste hacia los remedios, de modo que el énfasis se sitúa en la protección que se concede a la parte cuyas expectativas resultan frustradas por la inejecución o la ejecución defectuosa de la prestación”; DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, pp. 653 y 654, “[e]l problema de fondo es que si el incumplimiento se hace sinónimo o igual a la imposibilidad sobrevenida, hay una gran multiplicidad de supuestos que van a quedar sin cubrir normativamente. Ello es muy claro en lo que se refiere a lo que los alemanes llamaron ya desde principios del siglo XX las «lesiones positivas del contrato» o, si se prefiere del Derecho de crédito, lo mismo que todos los casos en que haya que rectificar o corregir una prestación defectuosa. En ellos se generan consecuencias de incumplimiento aun cuando no haya ninguna imposibilidad sobrevenida. Si un auditor tenía que hacer un informe contable y lo hizo tan inexactamente y con fallos tan garrafales que la decisión de los órganos de la sociedad, adoptados con base en él, produjeron notables pérdidas, habrá incumplimiento, pero no verdadera imposibilidad sobrevenida. ¿Qué hay que hacer en estos casos o en otros parecidos para que el acreedor tenga abiertos los remedios frente al incumplimiento? ¿Hay que esperar a que haga otro informe que resulte más correcto o hay que esperar a que, muerto o incapacitado el deudor, resulte imposible realizarlo? Además, convendrá añadir que en todo el debate existen problemas de carácter metodológico que convendrá dejar aclarados. Los conceptos jurídicos no surgen espontáneamente a modo de una idea platónica que tenga su propia vida, y tampoco son teoremas o axiomas de carácter lógico a los que tenga que obedecer el legislador. Lo anterior quiere decir, que en el núcleo de la cuestión que ahora estamos estudiando, no se pueden perder de vista las medidas de protección que frente a los incumplimientos el ordenamiento jurídico enlaza, y que son, como ya se ha apuntado, fundamentalmente, la pretensión de cumplimiento, la resolución por incumplimiento y la indemnización de los daños contractuales. En rigor «incumplimiento» no es más que la premisa necesaria para el ejercicio de estas acciones. Y si las cosas las miramos así no es difícil establecer que la pretensión de cumplimiento se da frente a cualquier inejecución o ejecución defectuosa o retrasada, y que la indemnización de daños y perjuicios dimana también de cualquier tipo de incumplimiento que genera daños y que, aunque podrá discutirse qué tipo de incumplimiento determina la facultad resolutoria, siempre será claro que no es necesaria la imposibilidad sobrevenida. Tras todo ello, para definir el incumplimiento puede proponerse una fórmula muy similar a la que aparece en el art. 8101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos”; INFANTE RUIZ, F. J. (2008), *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, p. 174, “[c]omo bien es sabido, tradicionalmente el incumplimiento se ha venido definiendo a partir de la valoración de la conducta del deudor, afirmándose que existe incumplimiento cuando hay una conducta imputable a este sujeto. Sin embargo, el cambio de perspectiva que acabamos de apuntar propone una concepción distinta del incumplimiento, más conforme a la tendencia moderna del denominado «nuevo Derecho contractual», que valora los efectos del incumplimiento sobre la idea de la garantía o resultado a cargo del deudor. En función de esta idea existe incumplimiento cuando el acreedor no obtiene un determinado nivel de satisfacción de su interés. Esta concepción parte de una noción amplia del incumplimiento en la que se incluye toda desviación del programa prestacional, sea o no imputable al deudor, y en relación con la cual se debe articular todo el sistema de los remedios”; LLAMAS POMBO, E. (2010), “Comentario al art. 1101 del CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 1207, “[s]e acoge así un concepto de incumplimiento que se acerca más a la idea de insatisfacción del acreedor o lesión del derecho de crédito, que a la de ilícito civil (DÍEZ-PICAZO, 2008, II, 647 y ss). La valoración de la conducta del deudor será útil para determinar la responsabilidad del deudor por incumplimiento, pero no lo es para definir el incumplimiento mismo”.

en donde se opta por considerar como incumplimiento cualquier actuación que no se encuentre conforme con los términos regulados por la obligación<sup>287</sup>.

Los diferentes grados que puede presentar el incumplimiento son valorados por nuestro Tribunal Supremo a la hora de determinar en qué medida y mediante qué mecanismos procede efectuar la reparación del mismo, como en su Sentencia de 25 de octubre de 2013, donde el Tribunal sostiene que la resolución del contrato únicamente tiene cabida cuando pueda apreciarse en quien la insta un “interés jurídicamente atendible” y siempre y cuando exista un incumplimiento sustancial y real del interés del acreedor<sup>288</sup>.

Más concretamente, INFANTE RUIZ mantiene que los tipos de incumplimiento “se centran en los siguientes supuestos: (i) cumplimientos retrasados. Integran este tipo aquellos supuestos en los que el deudor no ejecuta la prestación debida en el momento prefijado para ello; bajo esta hipótesis, cuando todavía sea posible ejecutar la prestación y, a pesar de que se cumpla retrasadamente, es idónea para satisfacer el interés del acreedor. En este grupo, según la doctrina mayoritaria, se encuentra la mora del deudor. Y ésta no puede referirse a otras obligaciones que no sean aquellas que no tienen plazo señalado para su cumplimiento, y también a las que se encuentran sometidas a un término ordinario. (ii)

---

<sup>287</sup> Art. III. 1:102 (3) DCFR: “Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation”.

<sup>288</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2013, número 640/2013, FJ. 3º, “[e]n esta línea se viene afirmando por esta Sala que el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos al incumplimiento. Como declara la STS de 12 de abril de 2011, rec. n.º 2100/2007, la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican preceptos como los artículos 1101, 1096 y 1182 CC, pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, que se aprecie en quien insta la resolución un «interés jurídicamente atendible», expresión mediante la cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la pretensión de resolución cuando se funda en un incumplimiento más aparente que real por no afectar al interés del acreedor en términos sustanciales o encubrir la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio”; en un sentido similar, Sentencia del Tribunal Supremo número 621/2013, de 9 de octubre de 2013 (FJ. 2º): “De dicha doctrina se desprende, en síntesis, que cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (artículo 1258 CC), la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, ó, en su defecto, «en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente», correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado”.

Cumplimientos defectuosos. Aquí entran aquellos supuestos en los que el deudor ha realizado una prestación que presenta desajustes respecto de la forma en que se encontraba inicialmente programada. Bajo esta hipótesis de incumplimiento, evidentemente, no puede considerarse el incumplimiento de las prestaciones que tienen señalado un término esencial, porque en estos casos el incumplimiento es incumplimiento definitivo. (iii) Incumplimientos definitivos. En este grupo se incluyen aquellos supuestos en los que la prestación no ha sido ejecutada y ya no es posible realizarla tardíamente. Entre los supuestos típicos que se señalan en esta hipótesis de incumplimiento encontramos, por supuesto, el término esencial, junto con los supuestos de imposibilidad sobrevenida y aquellos en los que el retraso ya es intolerable por prolongarse más de lo razonable según el criterio de la buena fe frustrando el fin práctico perseguido; supuestos en todos los cuales el acreedor, tratándose de obligaciones sinalagmáticas, está legitimado para resolver el vínculo contractual”<sup>289</sup>.

Siguiendo estas ideas, en los siguientes apartados se estudiarán, por un lado, los remedios frente al incumplimiento (directamente relacionados, como es obvio, con el tipo de incumplimiento ante el que nos encontremos) y, por otro lado, la línea doctrinal que considera que la definición tradicionalmente empleada para el incumplimiento resulta insuficiente en la actualidad<sup>290</sup>.

#### 4.1.2 Sistema de remedios frente al incumplimiento

Cuando se produce un incumplimiento de contrato nuestro ordenamiento recoge una serie de medidas encaminadas a proteger el interés del acreedor, entre las que encontramos la pretensión de cumplimiento mediante la reparación de la prestación defectuosa; los remedios sinalagmáticos (resolución del contrato, reducción del precio, la *exceptio inadimpleti contractus*, la resolución anticipada del contrato y la “excepción de riesgo de incumplimiento”), la indemnización por daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento y la restitución del enriquecimiento injustificado<sup>291</sup>.

---

<sup>289</sup> INFANTE RUIZ, F. J. (2008), *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, p. 173.

<sup>290</sup> A modo de ejemplo, GÓMEZ POMAR, F. (2007), “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *Indret* 2/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 7 y 8, “[t]ampoco se acepta –afortunadamente– en el Derecho español la germánica bipartición esencial (hoy abandonada incluso allí) de régimen entre lesión positiva y lesión negativa del derecho de crédito. De hecho, la visión del incumplimiento como falta de realización o de acaecimiento de sucesos –lo que incluye, por descontado, conductas o comportamientos de toda clase, activos y omisivos, por parte de los contratantes– y no como lesión de derechos subjetivos o vulneración de obligaciones no sólo es más deseable como perspectiva desde la que comprender la entera disciplina del Derecho del contrato, sino que, implícitamente, permea también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia que, en esto, como en otras cosas, ha resistido la tentación del germanismo y ha adoptado posiciones más pragmáticas”.

<sup>291</sup> PANTALEÓN, F. (1993), “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre 1993, pp. 1727 y 1728, “[l]os medios de tutela frente al incumplimiento de que, a mi juicio, ha de disponer el acreedor pueden clasificarse así: a) Pretensión de cumplimiento, incluyéndose la reparación de los vicios o defectos de la sustitución del objeto, y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa [v. arts. 1096, 1098 y 1099 CC, 924.1 y 926 LEC, 11.3 LGDCU, 46 y 62 CNUV, así como jurisprudencia sobre reparación de defectos de construcción]. b)

Remedios sinalagmáticos: resolución del contrato (entre muchos cfr. arts. 1124, 1486-1489, 1504 y 1505 CC, y 26, 45, 49, 61, 64, 75, 76 y 81-84 CNUV), reducción del precio (cfr. arts. 1486 CC y 50 CNUV), y *exceptio inadimplenti contractus* (cfr. arts. 1466 CC y 58.1 CNUV). Puede añadirse la resolución anticipada del contrato [cfr. arts. 1503 CC y 72 CNUV] y la que podríamos llamar «excepción de riesgo de incumplimiento» (cfr. arts. 1467 CC y 71 CNUV). c) Remedios indemnizatorios: en los que cabría diferenciar la responsabilidad contractual en sentido estricto, condicionada a que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor (cfr. arts. 1101-1108 CC y 45, 61, 74-77 y 79 CNUV) y la indemnización de los gastos del contrato satisfechos por el contratante que resuelve por el incumplimiento de la otra parte debido a una circunstancia ya existente al tiempo de contratar, aunque la ignorancia de ella no sea imputable al incumplidor (cfr. arts. 148.1 y 1487 CC). d) Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado obtenido por el deudor a costa del acreedor (cfr. arts. 1186, 1683, 1777 y 1778 CC, y 136.II, 138, 288.II y 613 CCom); CAPILLA RONCERO, F. (2004), “Consecuencias del incumplimiento”, en CAPILLA RONCERO, F. (coordinador), *Introducción al Derecho patrimonial privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 290, “[c]uando el incumplimiento es imputable al deudor el ordenamiento pone en marcha una serie de mecanismos tendentes a reparar el interés lesionado del acreedor. En términos generales esos mecanismos constituyen lo que se conoce como la responsabilidad del deudor por incumplimiento (imputable). El régimen de esa responsabilidad persigue básicamente dejar indemne al acreedor, cuyo interés en el cumplimiento pelagra o se ha frustrado, pudiendo haber padecido, en consecuencia, daños”; MORALES MORENO, A. M. (2006), *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Navarra, p. 23, “[l]as normas generales sobre el incumplimiento ni son claras, ni constituyen un bloque normativo bien articulado. El bloque más importante de preceptos lo encontramos en el Libro IV, título I, capítulo II, bajo la rúbrica «De la naturaleza y efectos de las obligaciones» (arts. 1094 ss.). En este lugar, junto a otros extemos (obligación de custodia, derecho a los frutos...), el CC regula aspectos relacionados con la ejecución forzosa de diferentes tipos de obligaciones y la pretensión indemnizatoria, en caso de incumplimiento”. Sobre los remedios frente al incumplimiento admitidos en *common law*, por todos: TREITEL, G. (2000), p. 864, “[a] breach of contract is a civil wrong. To break a contract can also occasionally be a criminal offence; and some statutes penalise dangerous or deceptive conduct which may amount to a breach of contract. Conviction in such cases makes the offender liable not only to punishment, but also to an order requiring him to pay compensation for any personal injury, loss or damage resulting from the offence. In most cases, however, a breach of contract will involve only civil proceedings. In such proceedings, the injured party may claim either specific relief, damages or restitution”; PEEL, E. (2007), *The law of contract*, Sweet & Maxwell, Londres, p. 1092, “[a] contract commonly provides for the payment by one party of an agreed sum in exchange for some performance by the other. Goods are sold for a fixed price; work is done for an agreed remuneration, and so forth. An action for this price or other agreed remuneration is, in its nature, quite different from an action for damages. It is a claim for the specific enforcement of the defendant’s primary obligation to perform what he has promised; though, as it is simply an action for money, it is not subject to those restrictions which equity imposes on the remedies of specific performance and injunction, on the ground that it would be undesirable actually to force the defendant to perform certain acts (e. G. To render personal service) or that it would be difficult to secure compliance with the court’s order. Obviously, these factors have no weight where the claim is simply one for sum of money. Of the reasons given for refusing specific performance, only one calls for discussion in relation to an action for the agreed sum: this is the possibility that damages may be an “adequate” remedy”; CARTER, J. W. (2012), *Carter’s breach of contract*, Hart Publishing Ltd., Oxford, p. 625, “[t]he assessment of any claim for damages following an election to terminate the performance of a contract for breach or repudiation necessarily depends on the particular circumstances of the case. The claim is subject to the basic requirements of causation and remoteness, and may be affected by matters such as mitigation, analysis of damages in general, the principal concern is the measure of damages in general, the principal concern is the measure of damages following termination. The discussion therefore generally assumes that the requirements of causation and remoteness are satisfied. The approach to assessment in contract is to award a sum which places the promisee “in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed”. Of course, because the contract has been terminated, it may be impossible to determine what would have transpired had the contract not been brought to a premature end. However, the starting point is that the promisee is presumed to be entitled to have damages assessed on a “loss of bargain” basis”.

Por lo tanto, podemos clasificar los remedios por incumplimiento del contrato en cuatro grupos, cumplimiento forzoso, resolución del contrato o reducción del precio, indemnización de daños y pretensión restitutoria del enriquecimiento injusto ocasionado por el incumplimiento, aunque sobre la posibilidad de resolver el contrato, que entendemos sería la opción más drástica, debemos recordar que existe una jurisprudencia asentada de nuestro Tribunal Supremo en la que se ha establecido que únicamente podrá ejercitarse esta acción cuando nos encontremos ante el incumplimiento de una obligación con carácter esencial, pudiendo citarse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo número 537/2012, de 10 de septiembre (FJ. 3º), en donde se aclara que “[p]ara fijar las consecuencias de su incumplimiento es preciso determinar en cada caso si el incumplimiento de esta obligación tiene o no carácter esencial, pues ha quedado dicho que únicamente la infracción de una obligación esencial, no accesoria, puede entenderse determinante de la frustración del fin del contrato y justificar la resolución del mismo”<sup>292</sup>.

La medida a emplear en cada caso concreto dependerá básicamente de tres factores, de la obligación incumplida, de la decisión del acreedor y de la decisión judicial en el supuesto en que las partes se vean obligadas a acudir a los tribunales para dirimir su controversia, residiendo esta posibilidad de que sean los tribunales quienes elijan el remedio a aplicar por incumplimiento en el artículo 1124 de nuestro Código Civil<sup>293</sup>, y todo ello sin perjuicio de que las partes sean las que acuerden el remedio para solucionar los efectos derivados del incumplimiento, encontrando esta opción su máximo exponente en el denominado pacto comisorio, definido por MONTES PENADÉS “como la cláusula añadida al contrato por

---

<sup>292</sup> En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo número 1284/2006, de 20 de diciembre, FJ. 2º, “[s]i en ese estado de cosas se genera una situación irreversible, por darse uno de los llamados incumplimientos esenciales, de diversa tipología, que comprenden la imposibilidad sobrevenida fortuita, el transcurso del término llamado esencial, el *aliud pro alio*, la imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato, estaremos ante un incumplimiento resolutorio y el remedio habrá de buscarse por la vía del artículo 1124 CC a través de las acciones pertinentes, de cumplimiento o de resolución y de indemnización”.

<sup>293</sup> En esta línea, CLEMENTE MEORO, M. E. (1992), *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 42, “una importante diferencia existe en punto al ejercicio de la resolución por incumplimiento entre nuestro sistema y el anglosajón: mientras éste sólo exige la manifestación clara e inequívoca del acreedor de resolver la relación obligatoria, en aquél la resolución es judicial”; CAÑIZARES LASO, A. (2001), *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, p. 163, “[a]l igual que en el artículo 1124 subyace la idea de condición resolutoria, siendo como sabemos la resolución una facultad, también subsisten rastros de una resolución exclusivamente judicial. De acuerdo con el tercer párrafo del mencionado precepto, el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido desde antiguo una forma extrajudicial de ejercicio”; LUNA YERGA, Á., PIÑEIRO SALGUERO, J., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBÍ I PUIG, A. (2002), “Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el Derecho español”, *Indret* 2/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 4, “[p]or supuesto, la víctima no puede optar cuando la reparación *in natura* es imposible. Así sucede con el daño moral o con el lucro cesante. Lo mismo ocurre cuando, por la naturaleza de las cosas, la reparación específica es físicamente imposible. Es el caso de los supuestos de destrucción de un bien único que no tenga un sustitutivo en el mercado o en los supuestos de daños corporales que, conforme al estado de los conocimientos de la medicina, no admiten reparación”.

voluntad de las partes, en virtud de la cual, si una de ellas no cumple la obligación que le incumbe, la otra podrá considerarse desligada de cumplir las suyas, o, si las ha cumplido, podrá pedir la restitución de cuanto ha realizado”<sup>294</sup>.

---

<sup>294</sup> MONTES PENADÉS, V. L. (1989), “Comentario al art. 1124 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M. (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, EDESA, Madrid, pp. 1205 y 1206; ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1993), “Comentario al art. 1124 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 97, “[e]l régimen de la resolución por incumplimiento puede ser modificado por las partes, que pueden pactar su agravación, mediante el pacto comisario expreso o *lex commissoria* y el término esencial, o pueden excluirlo renunciando previamente a la resolución por incumplimiento excepto por las hipótesis de incumplimiento causado por dolo. Se aplica a todos los contratos sinalagmáticos o bilaterales con excepción del de renta vitalicia y en los contratos bilaterales de tracto sucesivo tiene la particularidad de que no está dotada de efectos retroactivos, sino que se limita a poner fin a la relación, sin que haya lugar a restituir las prestaciones ya efectuadas”; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. (2006), *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 960, “[e]s doctrina reiterada de esta Sala que no procede la aplicación del artículo 1124 del CC, por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe «pacto de *lex commissoria*», es decir, cuando hay una cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución –S. 4 mayo 1972 (RJ 1972, 1477)–”; SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2010), “Comentario al art. 1124 del CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 1249, “[l]a resolución del art. 1124 está impregnada de un carácter eminentemente judicial. A pesar de ello, nuestro ordenamiento ha evolucionado y la jurisprudencia y la doctrina admiten que la resolución tenga lugar tanto en la vía judicial como extrajudicialmente mediante acuerdo de las partes o, incluso, mediante declaración unilateral del perjudicado por el incumplimiento dirigida a la otra parte”; CLEMENTE MEORO, M. E. (2011), “Comentario al art. 1124 CC”, en ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 229, “[l]a resolución por incumplimiento es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Frente al incumplimiento, el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento o poner fin a la relación contractual; y a esa extinción sobrevenida de la relación obligatoria instada por el acreedor con base en el incumplimiento del deudor es a lo que llamamos resolución por incumplimiento. En el artículo 1124 CC encontramos los caracteres, requisitos y consecuencias de la resolución por incumplimiento, al tiempo que las cuestiones que plantea: 1ª Se trata de una facultad del acreedor, que puede escoger entre exigir el cumplimiento o resolver, «con resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos». No se trata de una auténtica condición, ya que no se produce automáticamente sino por voluntad del acreedor, y no puede ser apreciada de oficio por el juez (STS 7 noviembre 1995 [RJ 1995, 8635]). 2ª Es una facultad que en los contratos sinalagmáticos no hace falta pactar, pues se encuentra implícita. Más pueden los contratantes modificar su régimen, bien agravándolo para el deudor (mediante el pacto de *lex commissoria* o el de un término esencial), bien excluyéndolo (salvo para el caso de incumplimiento doloso). 3ª Se da en el supuesto de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe, esto es, en caso de incumplimiento. 4ª Aunque el acreedor haya optado por el cumplimiento, puede después pedir la resolución si aquél resulta imposible. 5ª El Tribunal se encuentra autorizado para señalar plazo si existen causas justificadas para ello”; PLANA ARNALDOS, Mª. C. (2015), “Resolución y restitución”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C. L. (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 521, “[r]esulta bastante común que en ciertos contratos, especialmente en los inmobiliarios, los contratantes, conscientes de algún modo de los riesgos de incumplimiento y de la necesidad de disciplinar las consecuencias que ello va a

Aunque, como es ampliamente conocido, los tribunales impiden el empleo de este tipo de pactos en aquellos casos en los que o bien puede ser perjudicial para alguna de las partes o bien pueden derivar en algún tipo de fraude, siendo habitual esta limitación en los contratos de crédito. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 485/2000, de 16 de mayo de 2000 (FJ. 4º), establece que “la creación de una garantía atípica no puede servir de artificio para eludir los principios fundamentales o reglas consustanciales del sistema de garantías típicas, como son las normas relativas a la preferencia y prelación de créditos, principio de la «*par conditio creditorum*», protección de tercero o prohibición del pacto comisorio. Esta prohibición, con base en la que el acreedor, en caso de impago de su crédito, no puede pretender hacer suya la cosa dada en garantía, haciendo abstracción de su valor, tiene su origen en un texto del Derecho Romano (Constantino, Libro VIII, Título XXXVI, Ley 3, del C.), fue acogida en nuestro Derecho Histórico (Partidas 5ª, Ley 41 del Título V, y 12 del Título XIII, y Proyecto de 1851; aunque no por el Proyecto de 1882), y se considera recogida en los arts. 1859 y 1884 CC, respectivamente para la prenda e hipoteca, y la anticresis”<sup>295</sup>.

Entre los remedios para el incumplimiento, podemos comenzar refiriéndonos al cumplimiento forzoso de la obligación que suele ser el primer recurso empleado por la parte afectada<sup>296</sup>, sobre el que LÓPEZ Y LÓPEZ distingue dos posibilidades, o bien la

---

producir, inserten en el contrato ciertas previsiones sobre las consecuencias del incumplimiento. La regla general, en tales casos es que los tribunales respeten y apliquen las previsiones contractuales”.

<sup>295</sup> Sentencia comentada en: ANDREU MARTÍNEZ, B. (2001), “Admisibilidad del lease-back y prohibición de pacto comisorio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 16 de mayo de 2000”, *Revista de Derecho Privado*, Año nº 85, noviembre 2001, págs. 896-932; CILVETI GUBÍA, M. B. (2001), “Diferencias de leasing y del lease-back o retroleasing con el contrato de préstamo simple o mutuo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 55 de 2001, págs. 67-86. Siguiendo este mismo razonamiento, Sentencia del Tribunal Supremo número 34/2012, de 27 de enero de 2012, FJ. 5º, “[l]a doctrina que ahora se reitera es que un préstamo o un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisorio, es decir, pacto por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo) el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada, tal pacto incurre en nulidad *ipso iure* conforme al artículo 1859 del Código civil. Un caso típico, incluso históricamente, es la llamada “venta a carta de gracia”: es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) una persona (el supuesto vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista; tantas veces usurero) adquiere la propiedad de la cosa. Lo cual es el clásico pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) devolverá el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa, si no lo hace”.

<sup>296</sup> MARTÍN PEREZ, A. (1989), “Comentario al art. 1096 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M. (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, EDESA, Madrid, p. 274, “[c]on ello resulta que en los Códigos Civiles de tradición romana prevalece la regla general del cumplimiento de la prestación debida en forma específica y únicamente de manera subsidiaria queda reducido el acreedor al derecho de pedir la indemnización de daños y perjuicios”; HALLEBEEK, J. (2013), “Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer dos ejemplos de la tradición romanística”, *Glossae: European Journal of Legal History*, nº 10, p. 217, “[e]n términos generales, se puede

reparación *in natura*, o bien la reparación a través de la compensación económica en dinero, afirmando que la reparación *in natura* o en forma específica debe prevalecer sobre la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios<sup>297</sup>.

El cumplimiento forzoso lo encontramos desarrollado en los artículos 1096, 1098 y 1099 del Código Civil, y en los artículos 571 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para las obligaciones de tipo dinerario. Sobre la interpretación del contenido de estos artículos, ACEDO PENCO<sup>298</sup> indica que la ejecución de la acción de cumplimiento *in natura* dependerá principalmente de los siguientes factores:

---

decir que, en la tradición continental, exigir el cumplimiento efectivo suele ser generalmente el recurso primero contra los deudores que incumplen sus obligaciones”.

<sup>297</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M. (2012), *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 454, “[l]as opciones son dos: o bien se opta por la reparación *in natura* o bien por la reparación a través de la compensación económica en dinero. ¿Qué tipo de reparación es el que debe prevalecer, o mejor dicho, cual de ellos representa un principio preferente al otro? Sin mucha meditación se suele afirmar que la reparación *in natura* o en forma específica debe prevalecer sobre la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios”; de igual forma, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001), p. 618, “la obligación de reparar puede cumplirse *in natura*, mediante la reparación o sustitución de la cosa, o por equivalente, mediante la entrega de la indemnización correspondiente al daño experimentado. Salvo que la primera forma sea imposible (o muy onerosa, entendemos), no le corresponde elegir entre ambas al responsable (S. de 3 de marzo de 1978). También goza el perjudicado de la facultad de pedir la eliminación de la cláusula productora del daño, porque es incongruente que se siga produciendo en el futuro lo que ahora se obliga a reparar (Ss. de 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960, 4 de junio de 1962 y 14 de mayo de 1963)”; cuestionando la jerarquía de los remedios frente al incumplimiento, encontramos a CAPILLA RONCERO, F. (2004), p. 292, “[c]uando no es posible la ejecución específica o cuando, aun cabiendo, no satisface ya el interés del acreedor, la ejecución se convierte en dineraria. Además, la ejecución dineraria se puede dar simultáneamente con la específica, para indemnizar los daños y perjuicios adicionales provocados por el incumplimiento. La ejecución dineraria, finalmente, es la única que cabe cuando hablamos de deudas de dinero”.

<sup>298</sup> ACEDO PENCO, Á. (2011), pp. 187 y 188, “la acción de cumplimiento *in natura* puede ser de varios tipos: a) Cumplimiento forzoso de la obligación de dar. En aquellos casos en los que deba entregarse sea una cosa determinada, «el acreedor puede compeler al deudor a que realice la entrega»; en cambio, «si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor», todo ello según determina el art. 1096 CC. La ejecución de la obligación de entrega de cosa mueble determinada se regula en el art. 701 LEC, y la de entregar inmuebles en los artículos 703 y 704 LEC. Por su parte el artículo 702 LEC detalla la entrega de cosas genéricas o indeterminadas. b) Cumplimiento forzoso de la obligación de hacer. En las prestaciones de hacer no personalísimas cabe la ejecución *in natura*, a tenor del artículo 1098 CC: «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho». El art. 706 LEC regula la condena de hacer no personalísimo, indicando que «el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado». Sin embargo, cuando el objeto sea un hecho personalísimo y el deudor se niegue a ejecutarlo voluntariamente resulta algo complicado que pueda prosperar la ejecución *in natura*, debiendo acudir, normalmente, a la acción por equivalente económico o de daños y perjuicios. No obstante lo anterior, el art. 709 LEC establece ciertas normas que tratan de garantizar la ejecución de las condenas de hacer personalísimo, indicando en su apartado 1º que el ejecutante puede: «solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo» desde que fue requerido para ello. c) Cumplimiento forzoso de la obligación de no hacer. Según el artículo 1099 CC «cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido», al igual que ocurre en el precepto anterior «podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”.



1º) En el cumplimiento forzoso en la obligación de dar, en el caso de que la cosa sea determinada el acreedor podrá solicitar al deudor que le realice la entrega de la misma. En cambio, si la cosa es indeterminada o genérica únicamente podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor.

2º) En el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer, si la prestación de hacer es no personalísima cabría la ejecución *in natura*, mientras que si la prestación es de hacer es personalísima resultará complicado poder llevar a cabo este tipo de reparación si el deudor se negase a ello, lo que provocaría que el acreedor tuviera que acudir a la acción por equivalente económico o de daños y perjuicios.

3º) En el cumplimiento forzoso de la obligación de no hacer, podría solicitarse que el deudor deshiciera lo que le había sido prohibido realizar.

Ante las opciones mencionadas, entendemos que es evidente que la corrección de la prestación defectuosa no será posible en todas las situaciones, lo que supondrá que el acreedor no pueda disponer de la pretensión de cumplimiento<sup>299</sup>.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la resolución del contrato, la indemnización de daños, y la restitución del enriquecimiento injusto, remedios todos estos que, con mayor o menor dificultad, siempre podrán ser acordados por las partes o impuestos por el juzgador competente. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1990 (FJ. 2º) sostiene que “se pronuncia la doctrina de esta Sala en sentencias de 12 de noviembre de 1976, 3 de julio de 1989 y 21 de octubre de 1990, estableciendo la citada de 1989 que «en las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente aun contra la voluntad del deudor; así el art. 1098 del Código Civil dispone que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entre en juego el principio «*nemo factum cogi potest*» y la prestación primitiva se transforma en la de indemnizar»”<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2004), *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, pp. 146 y 147, “cuando la prestación deviene imposible –con independencia de que la imposibilidad sea imputable al deudor-, desaparece la pretensión de cumplimiento. Por tanto, en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, al igual que en los casos de imposibilidad sobrevenida imputable, el acreedor no dispone de la pretensión de cumplimiento”.

<sup>300</sup> De igual forma: Sentencia del Tribunal Supremo número 760/2008, de 22 de julio, FJ. 1º, “[l]as exigencias de buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del contrato del artículo 1124 del Código Civil y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas –como se ha acordado en la Sentencia impugnada-, bien mediante la consiguiente reducción de precio”.

Sobre el enriquecimiento injusto, podemos mencionar que la Sentencia del Tribunal Supremo número 418/2012, de 28 de junio (FJ. 4º) recuerda que “[n]uestro ordenamiento positivo no regula de forma específica el enriquecimiento injusto, aunque el propio Código Civil se refiere al mismo en el artículo 10.9 para la determinación de la norma de conflicto aplicable en derecho internacional privado y contiene diversas manifestaciones de tal regla -como las previstas en los artículos 1145 y 1158 -, lo que no ha sido obstáculo para que fuera reconocido como fuente de obligaciones por la jurisprudencia que ha aplicado las reglas clásicas -"nemo debet lucrari ex alieno damno" (nadie debe obtener lucro del daño ajeno) (D. 4,3,28), "Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet" (Nadie debe enriquecerse en detrimento de otro) (D. 12,6,14)- recogidas en nuestro derecho histórico -"E aun dixeron que ninguno non deue enriquescerse tortizeramente con daño de otro" (Septima Partida Titulo XXXIII Regla XVII)- (en este sentido, sentencia 559/2010, de 21 de septiembre, reiterada en la 691/2011, de 18 de octubre ), pero no permite una revisión del resultado, más o menos provechoso para una de las partes, de los negocios llevados a cabo en relación con otras por razón de que hayan generado un incremento patrimonial que pueda entenderse desproporcionado con la contraprestación efectuada por la otra parte", de tal forma que, como regla, los desequilibrios contractuales no pueden ser remediados por medio de la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que se trata de un remedio residual, subsidiario, en defecto de acciones específicas, como factor de corrección de una atribución patrimonial carente de justificación en base a una relación jurídica preestablecida, ya sea una causa contractual o una situación jurídica que autorice al beneficiario a recibir la atribución (en este sentido, sentencia 402/2009)".

En cuanto a la posibilidad de que la indemnización de daños en sí pueda englobar la subsanación del enriquecimiento injusto, esta opción ha sido negada por la generalidad de la doctrina, siendo un claro exponente de ello DÍEZ-PICAZO, quien sostiene que el Derecho de daños trata de resolver el problema de la imputación del daño limitándose únicamente a su resarcimiento, mientras que con la restitución del enriquecimiento injusto no tienen porque existir daños sino una pretensión de restitución del beneficio injustamente obtenido<sup>301</sup>.

---

<sup>301</sup> Entre las obras de DÍEZ-PICAZO que tratan esta materia, podemos citar: DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1988), *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, S.A., Madrid, pp. 55 y 56, "en la doctrina y en la jurisprudencia española es frecuente insistir en la total independencia de una y otra de las categorías que estudiamos. Algunas palabras de R. NÚÑEZ LAGOS fueron recogidas por CASTÁN y consagradas luego en máximas jurisprudenciales. La pretensión de daños, se dice, necesita fijar la relación de causa-efecto entre el agente provocador y el daño; la pretensión de enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido. En la responsabilidad por daños la reparación se extiende a la totalidad del daño o totalidad del interés, mientras que en la pretensión del enriquecimiento la restitución tiene su objeto y su medida en la cuantía del enriquecimiento. El daño, dice NÚÑEZ LAGOS -después CASTÁN y después la jurisprudencia del Tribunal Supremo-, puede constituir a la vez *damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum cessans* (lucro frustrado). El enriquecimiento puede producirse por un aumento del patrimonio *lucrum emergens* o por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). A este brillante juego de palabras se añaden otras

#### 4.1.3. Indemnización de daños

El último remedio frente al incumplimiento que debemos tratar, y que por el objeto de este trabajo merece un epígrafe específico, es la indemnización de daños, sobre la que LACRUZ BERDEJO considera que “en cualquier caso de incumplimiento (definitivo o no) se produce, interviniendo culpa, una nueva obligación: la de resarcir en dinero el daño causado: no para castigar al deudor, sino para dejar indemne al acreedor. Esta obligación es la denominada históricamente de *id quod interest*. De acuerdo con su etimología –aunque bien pudo tener, en las fuentes romanas de donde procede la expresión, un sentido más restringido, como explica MEDICUS-, se trata de reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real, producido el incumplimiento (acto ilícito), y lo que habría debido tener, si el deudor hubiera cumplido exacta y tempestivamente. Explicado de acuerdo con la «teoría de la diferencia» (que tiene como egregio introductor a MOMMSEN), el daño resarcible –*id quod interest*- resulta de comparar desde el punto de vista del acreedor, un dato real –lo que es ahora su patrimonio- con otro hipotético- lo que

---

dos notas, la pretensión de daños nace siempre de un hecho ilícito (el delito civil), mientras que la pretensión de enriquecimiento nace normalmente de un hecho jurídico lícito. Aún más; el concepto de culpa (o el de riesgo en la responsabilidad objetiva) es el eje central de la pretensión de daños. La noción «sin causa» es lo que define la pretensión de enriquecimiento. El cúmulo de diferencias es tal y todas ellas tan contundentes que se llega a dudar de la necesidad de plantear la distinción porque lo que es completamente distinto no tiene por qué distinguirse”; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007), “Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, pp. 248 y 249, “[I]a acción de resarcimiento resarce el daño sufrido y la acción de enriquecimiento determina la restitución del beneficio recibido. Ni que decir tiene que uno y otro caso son distintos, porque el daño puede arrojar una suma y el beneficio otra. Además, en nuestro Derecho, las acciones de indemnización se fundan en la culpa o negligencia del agente y necesitan que ésta se pruebe o presuma mientras que las de enriquecimiento funcionan objetivamente y basta que haya producido lo que hace un momento recordábamos que llama Masseguer el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro”; DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato. Los contratos, Teoría general de obligaciones y contratos, consentimiento, objeto y causa. Vicios contractuales, interpretación y eficacia negocial*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 97, “[e]l Derecho de daños trata de resolver el problema del resarcimiento debido por quien (por acción o por omisión interviniendo culpa o negligencia) causa daño a otro. Se trata de resolver el problema de la imputación del daño y, por decirlo de un modo gráfico, resolver socialmente el problema de la distribución de los riesgos y los infortunios. Acaecido un infortunio, quien debe soportar sus consecuencias es la pregunta central del Derecho de daños. En el genuino fenómeno del Derecho de daños, hay daño y no hay necesariamente enriquecimiento y la respuesta es una pretensión que se limita al resarcimiento. Si por culpa o negligencia de una persona se incendia un edificio de otro, nos encontraremos en presencia de un puro problema de Derecho de daños, donde en línea de principio puede no existir enriquecimiento de ninguno. En algunos de los fenómenos de enriquecimiento injustificado no tiene por qué hablarse rigurosamente de daños en sentido técnico y la pretensión nacida no es de resarcimiento, sino de restitución del beneficio”; Sentencia del Tribunal Supremo número 655/2010, de 5 de noviembre, FJ. 1º, “su indemnización no podía fundarse en los arts. 1902 y 1903 CC, invocados en la demanda con carácter principal, pero sí en la doctrina prohibitiva del enriquecimiento injusto, invocada con carácter subsidiario”.

debería, jurídicamente, ser-. En tal diferencia puede entenderse incluido el valor de la prestación incumplida, pero en modo alguno se agota con él”<sup>302</sup>.

Sobre la compatibilidad que la indemnización de daños puede tener con el resto de remedios existentes que hemos mencionado en el anterior epígrafe, podemos indicar que existe un extenso consenso doctrinal en admitir la misma, por lo que la indemnización de daños podría ser ejercitada de forma alternativa o cumulativa al resto de posibles acciones<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007), p. 163.

<sup>303</sup> PANTALEÓN, F. (1989), “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLII, fascículo IV, octubre-diciembre 1989, p. 1165, “lo menos que puede afirmarse al final de este apartado es que los partidarios de la tesis de la incompatibilidad entre resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios en la medida del interés contractual positivo, no pueden traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en defensa de su postura. Si alguna, es la tesis de compatibilidad de ambos remedios la que dicha jurisprudencia consagra, bien que, quizá, sin ser plenamente consciente del problema analizado en estas páginas; aplicando sin más las reglas generales en materia de determinación del daño resarcible”; BADOSA COLL, F. (1993), “Comentario al art. 1096 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 24, “es importante destacar la referencia del párrafo I a la compatibilidad de la ejecución forzosa con la indemnización de daños del art. 1101, compatibilidad que debe extenderse a las obligaciones de hacer y no hacer, como confirma el carácter general del art. 1101. La importancia de la admisión de la compatibilidad reside no sólo en ella misma ya que elimina la antigua tesis de que la indemnización excluía la ejecución forzosa (y que subsiste todavía en el art. 1150 «La obligación... se resuelve en indemnizar daños y perjuicios») sino en que supone que ambos efectos se fundan en un supuesto de hecho común y persiguen idéntica función. El supuesto de hecho común es el «incumplimiento» culposo o doloso de la obligación, lo que determina que el ámbito de la ejecución forzosa sea más reducido que el de la indemnización, ya que ésta se extiende a todo tipo de infracción obligacional más allá del incumplimiento, vgr., a la culpa en la conversación del art. 1094 o al cumplimiento moroso (art. 1101). La idéntica función es la «responsabilidad» por los daños causados al acreedor”; DE LA HAZA DÍAZ, P. (1996), *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, pp. 145 y 146, “[e]n el segundo párrafo, referente al ejercicio de esta facultad, el legislador concede al demandante o, tal como lo denomina el precepto, «perjudicado» una doble posibilidad de reacción frente al incumplimiento, sin que por otra parte exija ningún tipo de orden o preferencia que implique un recorte para el facultado; puede elegir indistintamente entre exigir el cumplimiento o extinguir la relación. Es más, en plan benévolo con el sujeto frente al que se ha incumplido, se establece que si, no obstante haber optado por el cumplimiento, éste resulta imposible, puede variar y optar después por la extinción del contrato. En ambos casos, opte el actor por la acción de cumplimiento forzoso o por la resolutoria, se le otorga además una acción indemnizatoria, siempre que el cumplimiento retrasado o el incumplimiento le hayan causado daños”; LLAMAS POMBO, E. (2010), “Comentario al art. 1101 del CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 1205, “en caso de lesión del derecho de crédito, el ordenamiento jurídico ofrece al acreedor toda una serie de remedios o instrumentos, ora alternativos, ora cumulativos; y el derecho a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, cuando éstos existen, es uno más de esos remedios, casi siempre compatible con todos los demás”; GARCÍA PÉREZ, C. L. (2015), “Las acciones edilicias y el artículo 1124 del Código Civil”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C. L. (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 467, “en el régimen del artículo 1124 CC, los daños se indemnizan, tanto si se opta por la resolución como por el cumplimiento forzoso y sin que, en principio, se exija un deber especial al deudor,

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, es posible encontrar sentencias donde se recoge expresamente la evolución jurisprudencial relativa a la compatibilidad de la indemnización de daños con el resarcimiento *in natura*, especialmente en aquellas situaciones en las que existen vicios y defectos de la construcción, siendo ejemplo de lo indicado la Sentencia del Tribunal Supremo número 430/2008, de 29 de mayo (FJ. 7º), donde se expone que “[e]l motivo sexto del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1591 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial plasmada en las sentencias de 12 de diciembre de 1990, según la cual sólo procede reclamar indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de imposibilidad de pedir el cumplimiento en forma específica- se desestima porque la STS de 20 de diciembre 2004, ha sentado la posibilidad de solicitar, sin subsidiariedad de ninguna clase, de acuerdo con el artículo 1591, de manera directa, la indemnización correspondiente; en el caso, se trataba de una acción del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, de repetición, pero vinculada a otra decenal; en su fundamento de derecho segundo, dicha

---

a salvo el del propio cumplimiento exacto”; esta compatibilidad es cuestionada por VATTIER FUENZALIDA, C. (2005), “Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, nº 3, p. 59, “[a]unque hay otras manifestaciones objetivadoras, el último episodio está representado por la disociación del cumplimiento por equivalente y el resarcimiento de los daños. Ante esta distinción, nuestra doctrina se muestra dividida. La postura clásica, renovada últimamente por autores tan autorizados como L. DÍEZ-PICAZO, J. DELGADO CHEVERRÍA, C. ROGEL VIDE o F. PANTALEÓN PRIETO, mantiene un realismo integrador, de acuerdo con el cual el equivalente pecuniario de la prestación incumplida se entiende como una partida que forma parte de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento; no sólo no se distingue de esta última, sino que el equivalente económico del incumplimiento está sometido a las mismas reglas que la responsabilidad contractual. Una vez acreditada la existencia del daño, esta orientación responde a la práctica de los tribunales que suelen fijar -lo que acaso sea criticable- una indemnización en globo con la finalidad de reintegrar en el patrimonio del acreedor todas las consecuencias derivadas del incumplimiento”; MORALES MORENO, A. M. (2006), pp. 65 y 66, “[e]n nuestra tradición jurídica, proveniente del derecho romano, no ha sido infrecuente construir la relación obligatoria con cierta dosis de simplificación o esquematismo. Con frecuencia se ha conectado estrechamente su existencia y su suerte con la de la obligación del deudor. En casos de imposibilidad inicial, se ha podido considerar que la relación obligatoria es nula (no llega a surgir), porque a lo imposible no estamos obligados. De modo parecido, en caso de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor, se ha considerado necesario acudir al artificio jurídico de la *perpetuatio obligationis*, para dar cauce a la pretensión indemnizatoria del acreedor. Todo esto explica que se haya tendido a unificar los supuestos de la pretensión de cumplimiento y de la indemnizatoria, olvidando, no sólo las particularidades económicas de cada uno de estos remedios, sino, incluso, la existencia de normas que contradicen esa unificación. Esta construcción, creo, está siendo superada. En el nuevo modelo de construcción de la responsabilidad contractual, al que me he referido al comienzo de este trabajo, la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria se conciben como dos remedios diferenciados, cuyo supuesto de aplicación, fuera de la exigencia de incumplimiento, no tiene necesariamente que coincidir. En una correcta ordenación de la responsabilidad contractual, la utilización de cada uno de estos remedios estará determinada por una decisión del legislador, que pondere adecuadamente la relación de coste y beneficio existente entre uno y otro, en los diferentes casos típicos en que se postule su aplicación. Una ordenación afinada del reparto del riesgo del incumplimiento, como corresponde al moderno derecho de contratación, hace necesario, por tanto, utilizar un modelo dogmático de construcción de la relación obligatoria que permita separar el supuesto de cada uno de estos remedios”.

resolución manifiesta que el interesado afectado por vicios constructivos, puede pedir la indemnización, "sin que, según la más reciente doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS de 29 de febrero de 2000 y 8 de noviembre de 2002), la norma del párrafo primero del artículo 1591 exija necesariamente la petición del cumplimiento "*in natura*" - obligación de hacer-, pues con independencia de si el precepto establece una responsabilidad de naturaleza contractual, o "*ex lege*", lo cierto es que se refiere a responder de los daños y perjuicios, cuyo tenor literal resarcitorio no cabe supeditar a la existencia de una negativa del agente de la construcción responsable del vicio constructivo de llevar a cabo la reparación "*in natura*", pues ello supondría atribuir a la acción un carácter subsidiario y no principal, que el texto legal no impone, ni consiente; debiendo, finalmente, resaltarse que cuando se conceden varias acciones, el interesado puede elegir la que estima más conveniente a la satisfacción de su legítimo interés"<sup>304</sup>.

En cualquier caso, debe recordarse que el mero hecho del incumplimiento no da lugar por sí sólo a una indemnización por daños y perjuicios, sino que es preciso demostrar la

---

<sup>304</sup> De igual forma: Sentencia del Tribunal Supremo número 580/2012, de 10 de octubre, FJ. 3º, "[e]l fundamento de la estimación descansa en la aplicación, en la cuestión planteada, de la doctrina jurisprudencial de esta Sala en orden al principio de compatibilidad de acciones, de modo que la responsabilidad de quienes intervienen en el proceso constructivo, conforme al artículo 1591 del Código Civil, resulta compatible con el ejercicio de las acciones contractuales cuando entre demandante y demandado, medie contrato, de tal forma que la "garantía decenal" no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que puedan ser incluidos en el concepto de ruina como si suponen deficiencias que conlleven un cumplimiento defectuoso, como de forma expresa se autorizara a partir de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación y disponer en su artículo 17.7 que "sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y terceros adquirentes..." admitiéndose, de modo explícito, la posible coexistencia de la responsabilidad derivada del contrato o contratos que vinculen a las partes y la que impone la ley especial; SSTS de 2 de febrero de 2012 (nº 130, 2012) y 22 octubre 2012 (nº 584, 2012)"; Sentencia del Tribunal Supremo número 584/2012, de 22 de octubre, FJ. 2º, "[e]sta Sala tiene declarado que la responsabilidad de quienes intervienen en el proceso constructivo que impone el artículo 1591 del Código Civil es compatible con el ejercicio de acciones contractuales cuando, entre demandante y demandados, media contrato, de tal forma que la "garantía decenal" no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos en el concepto de ruina, como si suponen deficiencias que conlleven un cumplimiento defectuoso, como de forma expresa se autoriza a partir de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación y disponer en su artículo 17.7 que "(sin) perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes...", admitiendo de forma expresa, la coexistencia de la responsabilidad derivada del contrato o contratos que vinculan a las partes y la que impone la Ley especial ( SSTS 2 de octubre 2003 , 28 de febrero y 21 de octubre de 2011 )".

comisión de un incumplimiento real, del sufrimiento de un daño y de la existencia de nexo de causalidad entre ambos<sup>305</sup>.

Además de los requisitos de prueba mencionados, no podemos olvidar la diferenciación que el artículo 1107 del Código Civil realiza en función de que nos encontremos ante un deudor doloso o un deudor de buena fe, artículo éste que ha sido criticado por algunos autores<sup>306</sup>. De esta forma, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ sostiene que del texto del artículo 1107 es posible diferenciar una cadena causal estricta exigida para el deudor de buena fe, mientras

---

<sup>305</sup> BADOSA COLL, F. (1987), p. 727, “[s]in embargo, para que se produzca la obligación de indemnizar no bastan los elementos citados. Además se precisa la existencia de daños, y que estos sean indemnizables. Esto último ya no resulta de la culpa, sino de un factor distinto: el que tales daños sean efecto material de la infracción de una obligación (abarcando incumplimiento y culpa en la conservación de la cosa). La infracción obligacional se presenta así como un requisito de eficacia respecto del efecto indemnizatorio de la culpa. Hay que resaltar que la cualidad de indemnizables de los daños procede exclusivamente del dato objetivo de ser efectos materiales del quebrantamiento de la obligación, con independencia de cuál haya sido a su vez, la causa de este quebrantamiento (culpa, dolo o caso fortuito)”; SANTOS BRIZ, J. (2006), “Comentario al art. 1106 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coordinador), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, arts. 1088 al 1314, 2ª edición, Bosch, Barcelona, p. 193, “[n]o basta para que exista daño probar el incumplimiento de una obligación, porque el incumplimiento por sí sólo no lleva consigo en todo caso la producción de daños (SS. 8 febrero 1955, 2 abril 1960)”; SÁNCHEZ ALCARAZ, E. (2011), “Comentario al art. 1101 CC”, en MARTORELL ZULUETA, P. (coordinadora), *Código Civil, jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1219, “[l]a doctrina general es que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, y que, por ende, incumbe a la parte reclamante la carga de la existencia y cuantía”; ABELLA RUBIO, J. M. (2012), “Efectos del incumplimiento”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coordinador), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 364, “[p]ara aplicar el artículo 1101 CC es necesario probar que existe un contrato, que existe un incumplimiento por causa imputable al deudor, la existencia de un daño, y que exista una relación de causalidad con el incumplimiento”; Considerando sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1956, “[q]ue es indiscutible y así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, que del hecho del incumplimiento de una obligación por sí solo no se produce necesariamente daños y perjuicios y por tanto si por un efecto eventual de ese incumplimiento se produjeran, tendría que concretarlos y probarlos quien reclamara su indemnización”; Considerando tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1984, “la indemnización de daños y perjuicios, a que se refiere la preceptiva contenida en el artículo mil ciento uno del Código civil, no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos para que dicha obligación nazca y sea exigible, correspondiendo la apreciación de su certeza al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, no pudiendo, de otra parte, condenarse al pago de indemnización difiriendo para ejecución de sentencia el hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues el condenar a eso hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada”.

<sup>306</sup> Véase, a modo de ejemplo, GÓMEZ POMAR, F. (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, p. 13, “[e]s cierto que ambos párrafos del artículo 1107 del Código Civil y, en particular, el segundo de ellos, son de concepción y redacción manifiestamente mejorables. La postergación en el párrafo 1º de la fórmula más ilustrativa del artículo 1151 del *Code Civil*, la de «la consecuencia inmediata y directa», a favor de la de la «consecuencia necesaria», es bien poco afortunada, como re reconoce generalmente entre los comentaristas españoles del precepto. Y la referencia del párrafo 2º a «todos los que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» es notoria y justamente infausta”.

que para el deudor doloso se impone la regla de que la responsabilidad se extienda a todos los daños que deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, exigiéndose simplemente una derivación conocida<sup>307</sup>.

Por contra, PANTALEÓN justifica el contenido del artículo 1107 al afirmar que la limitación del resarcimiento a los daños previstos o previsibles al contratar es fácil de comprender debido a que toda celebración de un contrato tiene su origen en un cálculo de costes-beneficios conocido por cada una de las partes contratantes, siendo uno de estos costes el riesgo de que puedan ocasionarse daños y perjuicios originados por el incumplimiento, por lo que no tendría sentido que el deudor tuviera que responder por los daños cuya existencia no contempló en el momento de la celebración del contrato<sup>308</sup>.

Si bien el artículo 1107 del Código Civil parece ser bastante claro en lo que al requisito de la previsibilidad del daño se refiere, podemos adelantar aquí que, como analizaremos en los epígrafes y capítulos posteriores, la aplicación que de este artículo realiza nuestra jurisprudencia en el caso concreto del daño moral dista mucho de ser una aplicación que se ciña exclusivamente a la literalidad de su texto, lo que ha sido compartido por algunos autores que entienden que la diferenciación que realiza el artículo 1107 posee una finalidad más teórica que práctica<sup>309</sup>. Pese a estas dificultades, podemos adelantar que los principales

---

<sup>307</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011), “Comentario al art. 1107 CC”, en ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, pp. 142 y 143, “en esta norma, a primera vista, parece que se establecen dos sistemas de causalidad diferentes, según se trate de un incumplimiento doloso o que el incumplimiento no revista aquellas características permitiendo en el primer caso que la cadena causal sea más amplia. Así, el párrafo 1º del art. 1107, para el llamado deudor de buena fe, con una regla que también es aplicable a todos los deudores no dolosos, ordena que se indemnicen aquellos daños que «sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», mientras que para el deudor doloso impone la regla de que la responsabilidad se extiende a «todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Parece seguirse de ello que en párrafo 1º del art. 1107 la cadena causal es estricta («consecuencia necesaria»), mientras que en el caso del incumplimiento doloso es más amplia, pues exige simplemente una derivación conocida”.

<sup>308</sup> PANTALEÓN, F. (1991), “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, Fascículo III, julio-septiembre 1991, p. 1027, considera que “[l]a explicación jurídico-económica de que el «fin de protección del contrato» se limite a los daños previstos o previsibles al contratar, es fácil de comprender. La decisión de celebrar un contrato –la decisión, por ejemplo, de vender y comprar algo por un determinado precio– descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento”.

<sup>309</sup> A modo de ejemplo, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. Á. (2012), “La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coordinador), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 485, “la distinción que hace el art. 1107 es más teórica que práctica, pues lo decisivo es la demostración del nexo causal entre el incumplimiento y el daño, así como la determinación de lo que,



instrumentos de modernización del Derecho privado recogen este requisito en sus articulados.

#### 4.1.4 Dificultades generales en el sistema actual de incumplimiento

La principal dificultad que encontramos al estudiar el sistema actual de incumplimiento es que el Código Civil español carece de una regulación especial y de una ordenación articulada del mismo. El acreedor que desee iniciar una de las acciones existentes ante el incumplimiento padecido se verá obligado a tener que realizar un análisis del contenido de diferentes artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que además podrá verse dificultado si el contrato presenta un régimen jurídico especial en el que se concedan acciones específicas para el incumplimiento<sup>310</sup>.

---

en cada caso concreto, se consideró, en el momento de contratar, como daño previsto, lo que, en definitiva, obliga tener en cuenta la finalidad de la obligación incumplida”; MACANÁS VICENTE, G. (2015), “La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C. L. (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 264 y 265, “[y]a son confusas, cuando menos, la *ratio* y aplicabilidad del precepto. Y, aunque se han ofrecido interpretaciones razonables del mismo que pudieran dotarlo de un sentido claro, el hecho de que ni siquiera éstas sean plenamente coincidentes hace que sostener como diferencia fundamental entre las categorías estudiadas los efectos hipotéticos pueda ser precipitado. Además, y fruto de las dificultades aludidas, al margen de la potencial interpretación y uso que pudiera tener el art. 1107.II CC, los tribunales han tendido a ignorarlo en la práctica, lo que haría la distinción aun menos efectiva. Por otra parte, si hubiese que entender que a toda resolución por incumplimiento voluntario es de aplicación el precepto tratado, apenas quedarían supuestos contractuales que no abarcase. Más allá de los supuestos de incumplimiento de las obligaciones que se consideren de resultado (dudosas en sí mismas), en el resto de supuestos o bien el deudor incumple voluntariamente o sufre una imposibilidad sobrevenida; de la que cabría discutir sus efectos puramente resolutorios y, más aún, indemnizatorios. Si, por el contrario, se entiende únicamente como doloso a efectos del art. 1107. II CC el incumplimiento dirigido a provocar un daño en la contraparte, no sólo configuramos un ámbito de aplicación fundamentalmente hipotético (cuyo estrecho ámbito podría cubrirse, igualmente, con la aplicación del art. 1902 CC); sino que tampoco profundiza así en la diferencia pretendida. En efecto, casi tan probable parece cumplir para conseguir un daño ajeno, distinto al propio beneficio, como desistir con la misma tendencia. Y, si así se hiciese, en poco habría de evitar la resarcibilidad de los daños causados por tal abuso de derecho, del que se tratase de una facultad de quien la ejercitara de mala fe”.

<sup>310</sup> Por todos, SÁNCHEZ ARISTI, R. (2009), “comentario al art. 1101 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, edición de 2009, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 1315, “[e]n resumidas cuentas, es la *contravención al tenor de la obligación* la fórmula en torno a la cual gira de manera primaria el sistema de responsabilidad del deudor, y bajo la cual deberán agruparse las distintas modalidades de incumplimiento en que el deudor puede incurrir, por lo que resulta todavía más sorprendente que, siendo la clase de todos los incumplimientos posibles, el CC no haya dedicado después ningún precepto a desarrollarla”; GARCÍA PÉREZ, R. M. (2011), “Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: La influencia del Derecho privado europeo”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España. Incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Atelier, Barcelona, pp. 331 y 332, “[n]uestro Código carece de una regulación y ordenación articulada del incumplimiento. Nos encontramos con un conjunto de normas dispersas que dificultan un estudio sistematizado del incumplimiento de las obligaciones. Las acciones o medios de defensa que puede ejercitar el acreedor frente al incumplimiento del deudor aparecen diseminados en el Código Civil y en la

Todo ello supone que podamos sostener que el sistema de incumplimiento desarrollado en el ordenamiento jurídico español resulte del todo insuficiente. Algunos autores con el objetivo de solventar estas dificultades han dirigido su mirada hacia otros sistemas de incumplimiento, como MORALES MORENO quien afirma que “[e]l concepto de incumplimiento que utilizo se encuentra en los PECL. Es el mismo que se aplica, aunque no lo defina, la Convención de Viena. Este concepto de incumplimiento se caracteriza por los siguientes rasgos: 1) En primer lugar, por su amplitud. Consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones. Tal amplitud permite integrar, en un sistema único, la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual (en sentido amplio) que encontramos en el Código Civil. De este modo podemos hacer desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos. La mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento; y la resolución, como un remedio, entre otros, del incumplimiento. La unificación del sistema de responsabilidad contractual exige la configuración de un concepto unitario de incumplimiento, suficientemente amplio para abarcar todas sus manifestaciones, tal como hacen los PECL”<sup>311</sup>.

Y esta cuestión que en un principio podría parecer baladí, pues no hay que olvidar que el sistema de incumplimiento actual lleva siendo aplicado y desarrollado por nuestros

---

Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Así, la pretensión de cumplimiento se encuentra en los artículos 1096 a 1098 del Código y 699 y ss. LEC; el cumplimiento tardío de las obligaciones tiene su principal fuente normativa en el artículo 1100 del Código Civil; en esta misma norma, *in fine*, se considera presupuesta la excepción de incumplimiento contractual (reconocida expresamente en algunos contratos en particular: arts. 1466, 1467, 1500 y 1502 CC); la acción indemnizatoria dirigida a reparar los daños derivados del incumplimiento está regulada en los artículos 1101 y ss.; la resolución contractual en los contratos bilaterales tiene una norma general, incardinada en el tratamiento de las obligaciones condicionales, el artículo 1124; la imposibilidad de la prestación por causa sobrevenida encuentra su respuesta en los artículos 1182-1186... A ello debe añadirse que algunos contratos en particular (compraventa, contrato de obra, arrendamientos, etc.) presentan un régimen jurídico peculiar, concediendo acciones específicas de incumplimiento diferentes de las generales”.

<sup>311</sup> MORALES MORENO, A. M. (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 29; NAVAS NAVARRO, S. (2004), *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones de dar*, Reus S.A., Zaragoza, p. 52, “[e]s necesario exponer, aunque sea de modo breve, la teoría alemana de las «positive vertragsverletzungen» ya que a ella acudieron prestigiosos autores españoles para justificar la presencia del denominado «cumplimiento defectuoso» junto al cumplimiento definitivo y a la mora”; DIÉGUEZ OLIVA, R. (2006), *Eficiencia real y obligacional de la representación indirecta*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 108, “[e]l concepto general de incumplimiento dentro del ámbito de los P.E.C.L. nos lo proporciona, tal y como señalan DÍEZ-PICAZO, MORALES MORENO y ROCA TRIAS, el propio art: 1:301 (4), al definirlo como cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el incumplimiento retrasado, el incumplimiento defectuoso así como la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato”; FENOY PICÓN, N. (2009), “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores”, *ADC*, tomo LXII, fasc. I, pp. 167 y 168, “[t]engase en cuenta que en los últimos años y de manera progresiva, los PECL van estando presentes en la construcción doctrinal y jurisprudencial de la resolución del artículo 1124 CC, en lo que se refiere a la noción del incumplimiento resolutorio”.

tribunales durante años, ha sido sin embargo uno de los puntos más desarrollados en el Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos realizada por la Comisión General de Codificación, publicada en enero de 2009, hasta el punto de que en el apartado VIII de su Exposición de Motivos se indica que “[e]specialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles, que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas. Todo ello había dado lugar a un debate nunca resuelto sobre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación”.

Más concretamente, la Propuesta de Modernización recoge en su artículo 1188 que “[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten. Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque”. Sobre esta definición de incumplimiento, GÓMEZ CALLE considera que “[s]e trata de ofrecer un concepto del mismo unitario y amplio, que sirva como base o supuesto común a todos los remedios, sin perjuicio de que, después, ese supuesto aparezca cualificado por una u otra condición adicional (como la de ser esencial o ser inexcusable) para justificar el recurso a uno u otro remedio concreto. Este amplio concepto permite tratar también como incumplimiento, y, por tanto, someter al mismo sistema general de responsabilidad contractual, los supuestos de saneamiento por vicios ocultos, evicción y cargas o gravámenes ocultos”<sup>312</sup>. Además, la PMCC recoge en su artículo 1190<sup>313</sup>, siguiendo las

---

<sup>312</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2012), “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, pp. 37 y 38; FENOY PICÓN, N. (2010), “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *ADC*, tomo LXIII, fasc. I, p. 76, “[e]n la Propuesta civil, la imposibilidad sobrevenida y definitiva de la prestación no imputable al deudor es incumplimiento [art. 1188.I PC; supra [28] c)]. La noción de incumplimiento incluye al inexcusable y al excusable. O, dicho de otro modo, en la Propuesta civil, el incumplimiento absorbe la conocida como «teoría de los riesgos». Este diseño constituye un importante cambio, comparando con el del Código civil. En el Código, puede reconocerse la distinción entre incumplimiento (contractual), fundado en el comportamiento culposo del deudor (arts. 1101 a 1105 CC) y «teoría de los riesgos», que trata de la imposibilidad sobrevenida, definitiva y no imputable al deudor (así, arts. 1452, 1568, 1589, 1590 y CC; arts. 1182 ss. CC)”; VAQUER ALOY, A. (2011), “El principio de conformidad: ¿Supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España. Incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Atelier, Barcelona, p. 372, “[l]a definición propuesta contiene innumerables virtudes: proporciona un concepto unitario de incumplimiento, que engarza con las

tendencias de modernización del Derecho privado<sup>314</sup>, como acciones disponibles para el acreedor en caso de incumplimiento la exigencia del cumplimiento de la obligación, la reducción del precio o resolución del contrato, pudiendo exigir además la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Aunque la exposición de remedios ante el incumplimiento que realiza el artículo 1190 de la PMCC no resulta del todo extraña en relación a lo recogido en el Código Civil, sin embargo nos parece especialmente llamativo que este artículo contemple expresamente la compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con el resto de remedios frente al incumplimiento (como recogen los artículos 8:102 PECL y III.- 3:102 DCFR) cuestión que, como vimos en el epígrafe anterior, ha sido objeto de diferentes debates doctrinales. Entendemos que, como sostiene SAN MIGUEL PRADERA, esta compatibilidad permitiría que si el acreedor no ve totalmente satisfecho su interés tras ejercitar la resolución pudiera terminar de satisfacer el mismo a través de la indemnización de daños y perjuicios<sup>315</sup>.

---

modernas orientaciones en el derecho comparado y con el derecho europeo, a la vez que hace eco de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

<sup>313</sup> Art. 1190 PMCC: “En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”.

<sup>314</sup> Los principales ejemplos los encontramos en los Principios Europeos de los Contratos y en el Borrador del Marco Común de Referencia. En el caso de los PECL su art. 8:101 (“(1) [w]henver a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9. (2) Where a party's non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages. (3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance”) indica que el perjudicado, salvo que se den algunas de las causas de exoneración recogidas en el art. 8:108, puede acudir a cualquiera de los remedios contemplados en el capítulo 9 (a saber, derecho al cumplimiento, derecho a suspender el cumplimiento, resolución del contrato, reducción del precio, e indemnización por daños), aclarándose además en el art. 8:102 que los remedios ante el incumplimiento que no sean incompatibles podrán acumularse y que en particular las partes no serán privadas de su derecho a reclamar daños y perjuicios en caso de haber empleado cualquier otro remedio frente al incumplimiento (“[r]emedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a party is not deprived of its right to damages by exercising its right to any other remedy”). A su vez, el art. III.- 3:101 del DCFR presenta una redacción muy similar al art. 8:101 de los PECL (“(1) [i]f an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter. (2) If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages. (3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance”) por lo que el afectado podrá acudir, siempre que el incumplimiento no se encuentre excusado, a cualquiera de los remedios que se contemplan en el capítulo 3 (derecho al cumplimiento, derecho a suspender el cumplimiento de obligaciones mutuas, resolución del contrato, reducción del precio, e indemnización por daños), contemplándose a su vez en su art. III.-3:102 el mismo mensaje que recoge el art. 8:102 PECL, es decir, que los remedios ante el incumplimiento que no sean incompatibles podrán acumularse y que en particular las partes no serán privadas de su derecho a reclamar daños y perjuicios (“[r]emedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy”).

<sup>315</sup> SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011), “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, p. 1692, “[l]a razón para reconocer la compatibilidad de ambos remedios es muy sencilla: la resolución tutela el interés del acreedor insatisfecho, permitiéndole recuperar los recursos

## 4.2 Tratamiento del daño moral en la Propuesta de Modernización del Código Civil

Tras comentar en el anterior epígrafe los sistemas de remedios ante el incumplimiento que recoge la PMCC, debemos centrarnos de una forma más precisa en la reforma que de la regulación de los daños derivados del incumplimiento contractual contempla esta Propuesta<sup>316</sup> en sus artículos 1205 a 1212 y, más concretamente, en el posible encaje del daño moral por incumplimiento del contrato en el texto de estos artículos.

Seguidamente, procederemos a examinar los artículos 1205 a 1212 de la Propuesta de Modernización, a excepción del artículo 1210 al no considerar que su contenido guarde relación con el propósito de este apartado:

Artículo 1205: “El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause. Este derecho es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento”.

Como puede apreciarse, este artículo expone que el acreedor podrá ser resarcido por los daños que deriven del incumplimiento del contrato por parte del deudor, no especificando a qué tipo de daños se refiere, es decir, si se refiere a daños patrimoniales, a daños extrapatrimoniales o a ambos tipos de daño. Además, en este artículo se indica la compatibilidad de la indemnización por daños con el resto de remedios por el

---

invertidos en el contrato; a pesar de ello, con la resolución el acreedor no ve totalmente satisfecho el interés protegido por el contrato; eso sólo se consigue a través de la indemnización. Por este motivo, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios queda vigente a pesar de la resolución del contrato”; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2011), “La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las Bermudas”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España. Incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Atelier, Barcelona, p. 475, “[r]emedios, cada uno de los cuales tiene, además, su propio supuesto, complementario, que se añade al genérico incumplimiento (como sucede en la indemnización de daños o la resolución); con la particularidad de que en la hipótesis que nos ocupa el acreedor, tras el incumplimiento, puede ejercitar junto a la acción de indemnización de daños y perjuicios todos y cada uno de los remedios citados para reducir así el daño que deriva del incumplimiento”.

<sup>316</sup> FENOY PICÓN, N. (2010), pp. 129 y 130, “[l]a noción de incumplimiento (y, sobre todo, la de qué se incorpora al contrato y cómo ello se realiza) es (son) una(s) de las claves de bóveda de la *Propuesta civil*. La calificación de incumplimiento abre la aplicación de sus remedios y, siendo todos ellos importantes, llamaría especialmente la atención sobre el del cumplimiento (y sus límites) y el de la indemnización de daños (su alcance; también, con carácter previo, sobre las causas de exoneración). Frente a la construcción del incumplimiento que en el Código civil puede reconocerse, la *Propuesta civil* maneja un concepto más amplio de incumplimiento y una exigencia mayor al deudor contractual”; CLEMENTE MEORO, M. E. (2011), “La resolución por incumplimiento en la *Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº 2131, mayo de 2011 ([www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)), p. 16: “Se trata de un intento serio y riguroso de modernización de nuestro Derecho que aporta seguridad al tráfico y unas soluciones mucho más adecuadas a la realidad social y económica de nuestro país”.

incumplimiento aunque, como hemos visto, esta aclaración se recoge también en el artículo 1190 PMCC<sup>317</sup>.

En la redacción de este artículo puede apreciarse que el concepto “daños” es usado de un modo global, posiblemente con la intención de abarcar todos aquellos que pudieran derivar de un incumplimiento, al igual que ocurre en la redacción del artículo 1101 del Código Civil, con la diferencia de que en el artículo del 1205 de la Propuesta no se exige la existencia de dolo, negligencia o morosidad, siendo la omisión de la “mora” vinculada por FENOY PICÓN a la falta de distinción de tipos de incumplimiento llevada a cabo en la definición del artículo 1188 PMCC<sup>318</sup>.

Artículo 1206: “El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la obligación, salvo que pruebe que el daño sea mayor”.

El contenido del presente artículo es prácticamente idéntico al texto del artículo 1108 del Código Civil, con una leve diferencia, la inclusión de la expresión “salvo que el daño sea mayor”. Cabe preguntarse la utilidad de la colocación de esta expresión, ya que con el

---

<sup>317</sup> VERDERA SERVER, R. (2015), “Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización de Código Civil. Una visión general”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C. L. (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 81, “[e]s evidente que ésta es una cuestión que tiene para los redactores de la PMCC la máxima importancia. De contrario, no se justifica que además de la previsión general del art. 1190 PMCC, se reitere el mismo criterio de compatibilidad desde la perspectiva del resarcimiento, de la resolución y de la reducción del precio. Lo que parece más llamativo es que, ya puestos, ese criterio no se refleje en la pretensión de cumplimiento, cuando además sí lo recoge el Código Civil tanto en el art. 1096 como en el art. 1124”.

<sup>318</sup> FENOY PICÓN, N. (2010), pp. 72 y 73, “[l]a idea nuclear del incumplimiento es la de que el «deudor no realiza exactamente» (art. 1188.I PC, *supra*). Es indiferente que lo que no realice exactamente sea la *prestación principal* a que se obligó o, cualquier otro de los deberes que resulten de la obligación (sea por la autonomía de la voluntad, sea por ley; art. 1188.I PC). El artículo 1188.I PC no menciona a ninguna modalidad (o tipo) de incumplimiento. a) No menciona la mora del deudor, ni al retraso. Si hay fecha fijada para el cumplimiento, en la *Propuesta civil* desaparece la exigencia del Código civil de la intimación al cumplimiento del artículo 1101 CC (cfr. arts. 67, 70 y 946 PM). Y, si bien en otros preceptos de la *Propuesta civil* se emplea el término mora, puede desprenderse que se hace en el sentido de retraso en el cumplimiento. En la *Propuesta civil*, puede considerarse incumplimiento el mero hecho de que el deudor no cumpla en la fecha de vencimiento de la obligación contractual (el retraso es incumplimiento). Por otro lado, el artículo 1188.I PC tampoco alude al cumplimiento retrasado, sí mencionado en otros preceptos de la *Propuesta civil*. Pues, como estoy indicando, el artículo 1188.I PC define el incumplimiento, abstrayéndose de su tipología”; MORALES MORENO, A. (2015), “La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil”, en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C. L. (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 30 y 31, “[e]l carácter neutro del concepto de incumplimiento de la Propuesta se pone de manifiesto teniendo en cuenta la regulación de los remedios en ella. El incumplimiento legitima al acreedor para utilizar los remedios fundados en él (art. 1190 PM). Algunos de ellos (resolución, reducción del precio) se aplican sin consideración de la conducta del deudor (no exigen culpabilidad). En cuanto a la indemnización, la culpabilidad del deudor tampoco es un requisito de fundamentación de la pretensión del acreedor: según el art. 1205 I Propuesta, el simple incumplimiento permite al acreedor pedir indemnización. Sin perjuicio de que el art. 1209 I PM admita que el deudor pueda oponer ciertas causas de exoneración”.

régimen actual de nuestro Código Civil puede reclamarse la deuda actualizada tomando como referencia para dicha actualización bien el interés pactado, o bien el interés legal.

Artículo 1207: “La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener. Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias. Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

Este artículo vendría a sustituir al actual artículo 1106 del Código Civil en el que también se contempla que deberá ser indemnizado el lucro cesante. La diferencia que puede apreciarse con el artículo 1106 se encuentra en que el artículo 1207 de la PMCC parece dar unas pautas generales a los tribunales para el cálculo del lucro cesante (“para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias”) a lo que hay que sumar el límite que este artículo impone a los tribunales para el cálculo del daño si la obligación infringida es una obligación pecuniaria (“si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”).

Artículo 1208: “El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato”.

Este artículo reemplazaría al artículo 1107 del Código Civil. De su redacción se desprende que el deudor doloso tendría que responder “de los daños que sean objetivamente imputables a su incumplimiento”, en lugar de “todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”. Este cambio en la redacción parece responder a las diferentes interpretaciones que sobre el contenido del segundo párrafo del artículo 1107 CC se han ido realizando, siendo actualmente *communis opinio* que el deudor doloso responderá de todos los daños siempre y cuando se pueda demostrar que se encuentran vinculados a la falta de cumplimiento<sup>319</sup>. Por ello, consideramos que el cambio que

---

<sup>319</sup> A modo de ejemplo, por todos, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993), “Comentario al art. 1107 del CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 60, “[l]a solución de este párr. II está íntimamente conectada con el problema de la relación de causalidad o, dicho de otro modo, de la imputación objetiva, lo que significa la adopción de límites razonables a lo que de otra forma conduciría a consecuencias fuera de toda lógica y de todo punto desproporcionadas”; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011), “Comentario a los arts. 1106 y 1107 CC”, en ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 145, “[h]abría, en consecuencia que entender que el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar no juega a favor del deudor doloso, pero sí el de que los daños y perjuicios han de ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. En este sentido, y

supondría el artículo 1208 PMCC no poseería una diferencia práctica sobre la delimitación que de la aplicación del artículo 1107 CC se lleva realizando en los últimos tiempos<sup>320</sup>.

Por otro lado, la Propuesta mantiene el requisito de la previsibilidad del daño que nuestro Código Civil adoptó del *Code Civil* francés y que otras disposiciones normativas, como la Convención de Viena de 1980, también han acogido.

Artículo 1209: “No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1º. Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. 2º. Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo. Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código”.

El contenido de este artículo podría identificarse con el primer párrafo del artículo 1104 del Código Civil, aunque la redacción de la Propuesta de Modernización es mucho más amplia y clara, determinando dos supuestos concretos de exclusión de responsabilidad del deudor (cuando el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y cuando no le correspondiese prever o evitar el incumplimiento conforme a los usos y a la buena fe), mientras que el primer párrafo del artículo 1104 del Código Civil indica que el deudor será culpable cuando el incumplimiento de la obligación sea realizado omitiendo las diligencias exigidas por las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Artículo 1211: “No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas”.

Este artículo sustituiría al párrafo segundo del artículo 1104 del Código Civil. El fin de ambos artículos prácticamente es el mismo, eximir al deudor de los daños producidos si se demuestra que éste hizo todo lo posible por evitarlo. Las diferencias con el actual Código Civil se encuentran, por un lado, en que mientras que el Código Civil habla de la actitud

---

aplicando también la regla de la equivalencia de las condiciones, el deudor doloso responderá de todos los daños que se prueben conectados causalmente con la falta de cumplimiento, pero no de aquellos cuya imputación objetiva al incumplimiento resulte excluida conforme a los criterios del riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo o la adecuación”.

<sup>320</sup> De la misma opinión, FENOY PICÓN, N. (2011), “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión general de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *ADC*, LXIV, 2011, fasc. IV, pp. 1635 y 1636, “[l]a transcrita norma de Propuesta civil es novedad comparada con la dicción del artículo 1107. II CC aplicable al deudor doloso. Es cierto que tal novedad es más formal (en el sentido de que hay una expresa norma que lo señala) que material, si tenemos en cuenta la expuesta reinterpretación de Luis Díez-Picazo (que la hace para cualquier deudor incumplidor).



del buen padre de familia, en la Propuesta se hace referencia a la buena fe. Por otro lado, este artículo recoge, a diferencia del Código Civil, la obligación del deudor de resarcir aquellos gastos que su incumplimiento generase al acreedor, a no ser que el acreedor hubiera podido evitar o reducir el daño padecido.

Artículo 1212: “Las partes podrán ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente, y de acuerdo con los preceptos correspondientes del Capítulo IV de este Título. Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo”.

Ninguno de los artículos del Código Civil que regulan la naturaleza y efectos de las obligaciones contempla la opción que se indica en el artículo 1212 de la Propuesta de que las partes puedan eliminar o reducir el deber de indemnizar por daños y perjuicios, a diferencia de la anulación de las exclusiones de responsabilidad procedente de dolo, lo que podemos afirmar que coincide con el contenido de los artículos 1102 y 1203 del Código Civil<sup>321</sup>.

Por otro lado, sobre el Capítulo IV de la PMCC relativo a las cláusulas penales y al que el propio artículo 1212 nos deriva, consideramos llamativo el contenido del artículo 1149 en el que se especifica que la reparación *in natura* no podrá acumularse a la aplicación de la cláusula penal establecida entre las partes, lo que parece que es objeto de controversia entre algunos autores<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> Por todos, OSSORIO MORALES, J. (2014), “Capítulo 10. Incumplimiento de las obligaciones”, en SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador), *Curso de Derecho Civil. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 106 y 107, “[l]a mayor gravedad del incumplimiento doloso, respecto al que sólo tiene lugar como consecuencia de culpa del deudor, se revela también en la circunstancia de que la responsabilidad que deriva del primero se consideró como de orden público, y no puede el acreedor renunciar a ella por anticipado. En tal sentido dispone el artículo 1102 que “la renuncia de la acción para hacerla efectiva (la responsabilidad procedente de dolo) es nula”. Claro es que, como queda dicho, esa nulidad sólo se refiere a la renuncia anticipada, pues si una vez incumplida la obligación, el acreedor expresa tácitamente (no ejercitándola) renuncia a la acción para exigir responsabilidad al deudor, tal renuncia es perfectamente válida por muy grave que haya sido el dolo. En cambio, nada impide pactar por anticipado la renuncia a exigir la responsabilidad derivada de simple culpa o negligencia, pues el Código no prohíbe semejantes cláusulas de exoneración de responsabilidad, y su admisibilidad cae dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad. También caracteriza a la responsabilidad derivada de culpa la facultad excepcional que para graduar su importe se concede a los Tribunales de Justicia, cuando el artículo 1103 establece que los Tribunales podrán moderar, según los casos, la responsabilidad que proceda de negligencia (culpa). Se trata de una norma flexible, que faculta a los Tribunales para medir discrecionalmente las consecuencias del acto culposos, y que se justifica por la dificultad de decir con un criterio apriorístico y fijo el grado de responsabilidad en que debe incurrir quien obre negligentemente”.

<sup>322</sup> A favor de la redacción del art. 1149 PMCC, ARANA DE LA FUENTE, I. (2010), “Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Indret* 4/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 8 y 9, “[p]arece perfectamente justificado que la Propuesta prohíba acumular cumplimiento específico y cláusula penal, pues ambos remedios no son acumulables. En efecto, la pena sólo opera cuando se produzca el incumplimiento previsto por las partes que, por definición, no será total y definitivo cuando el acreedor pueda pedir conjuntamente el cumplimiento específico de la prestación principal y el pago de la pena”; en contra del texto del art. 1149

A pesar de que la posibilidad eliminar o reducir el deber de indemnizar por daños no se contempla de modo literal en el Código Civil, en principio, nada impediría que las partes en el uso de su libertad contractual pactaran una cláusula que limitase la reclamación de daños y perjuicios entre las mismas, salvo que se actuara bajo el ámbito de una norma especial que no permitiese tal posibilidad como, por ejemplo, en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, ya que el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios indica que “[l]a renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”. Recordemos que el Código Civil permite la existencia de cláusulas penales, no limitando su aplicación al ejercicio del resto de acciones existentes contra el incumplimiento, a diferencia de lo que ocurre con la limitación a la voluntad de las partes que supondría el mencionado artículo 1149 PMCC y cuyos posibles efectos se desconocen<sup>323</sup>.

Como puede apreciarse en todos los artículos analizados, en ninguno de ellos se contempla expresamente el daño moral por incumplimiento del contrato, pero entendemos que (como estudiaremos con detenimiento en los siguientes epígrafes) al igual que ocurre con el actual Código Civil cabría interpretar que nada impide que no puedan incluirse los daños no patrimoniales dentro de los artículos expuestos<sup>324</sup>.

---

PMCC, MARÍN GARCÍA, I. (2009), “La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, *Indret* 2/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 8, “el 1149.I de la Propuesta establece que la pretensión del acreedor dirigida a la pena se pierde ante el solo hecho de exigir la prestación principal. Regla opuesta a la que había sostenido la doctrina frente al silencio del CC: tras el incumplimiento, el acreedor podía optar por la pena hasta la realización de la prestación principal (SANZ VIOLA, 1994, p. 78). Así, de conformidad con el 1149.I, el acreedor que reclama la prestación principal sólo podrá exigir la pena ante la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, situación altamente improbable si dicha imposibilidad se debe a razones objetivas (imposibilidad sobrevenida no imputable). En contraposición a la dudosa conciliación de remedios del 1149.I, las diferentes propuestas de armonización apuestan por su cumulación: los artículos 8:102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (2000)<sup>12</sup>, el 7.4.1 de los Principios UNIDROIT (2004) y el III-3:102 del Borrador del Marco Común de Referencia (2009)”.

<sup>323</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2009), “Eficacia del contrato”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Director), MORALES IMBERNÓN, N., QUICIOS MOLINA, S. (coordinadoras), *Tratado de contratos*, tomo I, edición de 2009, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 1196 y 1197, “[e]l Código Civil es, en principio permisivo frente a las cláusulas penales. Estas pueden ser sustitutivas o liquidatorias del daño (función esencial según la jurisprudencia, aunque contemplada de forma supletoria del pacto en el art. 1152.1 CC), cumulativas con la acción de cumplimiento o penitenciales (1153, 2º inciso CC; ssts 12.1.1999 y 3.11.1999). Este último carácter es excepcional y debe resultar de la clara voluntad común de los contratantes expresada en el contrato, salvo en el caso de las penas moratorias, las cuales, por su propia naturaleza y configuración jurídica permiten la exigencia acumulada del cumplimiento sin necesidad de manifestación al respecto”.

<sup>324</sup> ROCA TRIAS, E. (2011), “El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº 2132, junio de 2011 ([www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)), p. 22, “[s]olo en lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento esta Propuesta resulta más tradicional y se aparta de sus fuentes de

En cuanto a los posibles motivos que han llevado a la Comisión a la exclusión del daño moral del articulado de la reforma, lo cierto es que los desconocemos, aunque suponemos que, como FENOY PICÓN sostiene, “[l]a no mención del daño moral en la *Propuesta civil* puede Interpretarse en el sentido de que su reparación se limita a los casos en los que media infracción de los derechos de la personalidad, no siendo por ello preciso mencionarlo en la regulación del incumplimiento de las obligaciones. Pero también puede entenderse, que se ha tratado de un mero olvido, o, tal vez sea una omisión consciente. Desde luego ya se ha apuntado la necesidad de que en la Propuesta Civil haya un pronunciamiento expreso sobre la compensación del Daño moral. Sería conveniente ordenar que el daño moral contractual es un tipo de daño indemnizable, dejando a los autores y a la jurisprudencia el asentamiento de sus líneas maestras o guía (vid. Por ejemplo la reciente STS, 1.<sup>a</sup>, 15 de julio de 2011, Fd 5.<sup>o</sup>, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio seijas Quintana; Cendoj, roj STS 4900/2011)”<sup>325</sup>.

Una vez admitida la idea de que la PMCC no implica la exclusión del daño moral por incumplimiento del contrato, debemos detenernos en la posible limitación del resarcimiento de estos daños mediante una cláusula pactada por las partes (pacto que permitiría el artículo 1212) y que podría no ser respetada por los tribunales. Esta circunstancia podría surgir debido a que, como desarrollaremos más adelante, en determinados supuestos el Tribunal Supremo ha mostrado una tendencia a favorecer el ejercicio la acción de reclamación de daños extrapatrimoniales por parte del perjudicado, llegando en ocasiones a admitir la reclamación de estos daños por la vía de la responsabilidad aquiliana aunque nos encontremos ante un incumplimiento de contrato, con el objeto de beneficiar a quien lo ha padecido.

Entendemos que si el daño moral hubiera sido recogido en los artículos que hemos analizado de la PMCC podría haberse evitado la posibilidad de que se ocasionen futuras incongruencias como la que hemos mencionado. Igualmente, consideramos que se ha desaprovechado la oportunidad para facilitar la labor probatoria de las partes que reclamen daños no patrimoniales. A nuestro parecer, esto se habría conseguido con la inclusión en algunos de los artículos de la Propuesta de unos criterios mínimos de valoración de prueba del daño moral de manera análoga a los que contempla la Ley Orgánica 1/1982 o a los recogidos por el Borrador del Marco Común de Referencia, el cual analizaremos con mayor detenimiento en el capítulo correspondiente<sup>326</sup>.

---

inspiración y de alguna manera, de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo”; SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011), p. 1694, “también en la regulación de la resolución el artículo 1202 PMdOC establece que, resuelto el contrato, el perjudicado por el incumplimiento tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que éste le haya causado. Ésta es la solución que ya contemplaba el Código civil español”.

<sup>325</sup> FENOY PICÓN, N. (2011), pp. 1630 y 1631.

<sup>326</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2011), p. 465, “[e]n nuestra opinión, a nivel internacional y europeo, el concepto amplio de «perjuicios» se encuentra más perfilado y clarificado en algunos textos de Derecho privado europeo. En concreto, los PECL, los principios *Acquis* y el DCFR, perfilan con mayor precisión que la PMCC dicho concepto porque no se limitan, como hace nuestra propuesta, en citarlo, sino

### 4.3 Categoría conceptual de daño no patrimonial

Una de las principales dificultades que encontramos al abordar el estudio del daño moral es la carencia en el ordenamiento jurídico español de una norma legal que contenga una definición expresa del mismo.

Si bien esta falta de definición puede ser considerada irrelevante para otros tipos de daños (es evidente que no todos los daños se encuentran ni definidos ni mencionados en nuestro ordenamiento), la propia naturaleza inmaterial o intangible de los daños no patrimoniales puede implicar que sea necesario delimitar su contenido.

Ante esta carencia de definición, una de las principales clasificaciones doctrinales existente es aquella que diferencia entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales (clasificación que encontramos reflejada en el punto tercero del artículo 110 del Código Penal) considerándose como daños patrimoniales aquellos que, como su nombre indica, afecten a intereses de naturaleza patrimonial y como daños no patrimoniales aquellos que recaen sobre intereses inmateriales del sujeto<sup>327</sup>. Como aclara ASÚA GONZÁLEZ, “con independencia del bien jurídico que resulte directa o primariamente lesionado, en el plano

---

que, además, lo ejemplifican; lo que seguro que agradecerá el intérprete y aplicador. En efecto, se precisa en los textos europeos citados, con gran acierto, en qué consiste el concepto de perjuicio indemnizable, distinguiendo entre perjuicio de carácter económico y no económico. Una transparencia que acaso puede servir de referente a nuestro legislador”; GÓMEZ CALLE, E. (2012), p. 100, “[d]ado que el TS admite la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento de un contrato (dando lugar a una amplia jurisprudencia menor en el mismo sentido), y habida cuenta de que se trata de un tema polémico y complejo entre nosotros, sería conveniente que la PMCC se pronunciara expresamente al respecto”.

<sup>327</sup> Por todos, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup>. D. (2000), “La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D. (coordinadora), *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, p. 51, “[e]l daño puede ser de cualquier tipo, así una lesión de derecho, incluso la doctrina jurisprudencial ha considerado el daño el actuar negligente de una persona o el no actuar cuando debe de hacerlo, privando con ello a otra de ejercitar un derecho o de la facultad de ejercitarlo cuando tal ejercicio es el proceder normal, con independencia de la dificultad para su cuantificación o de fijar las bases para ella, o de un interés legítimo; por eso se dice por la doctrina española que el criterio informador del Código civil es el del interés. El daño puede ser patrimonial o no patrimonial, aunque a este último también se le denomina moral, daño inmaterial o extrapatrimonial”; ROCA I TRIAS, E. (2001), “Presupuestos para el nacimiento de la obligación de reparar: el daño y la relación de causalidad”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>o</sup>. R., VERDERA SERVER, R. (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 330, “[l]os daños se dividen en materiales o patrimoniales y morales, distinción que actualmente aparece recogida en el artículo 110.3º CP. Los primeros afectan al patrimonio de quien los sufre y los segundos son los que afectan a las creencias, dignidad, honor, estima social o salud psíquica de las personas”; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001), p. 546, “[b]ajo la denominación de «daño moral» se comprende la lesión o violación de bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales, y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio”.

indemnizatorio los daños pueden ser patrimoniales o morales: la lesión a un interés patrimonial podría dar lugar a indemnizar daños morales y patrimoniales”.<sup>328</sup>

En resumen, el daño moral en todas sus diferentes manifestaciones debe incluirse dentro del segundo grupo, dentro de los daños no patrimoniales, y partiendo de esta distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales la doctrina mayoritaria, así como el Tribunal Supremo, optan por definir el daño moral de un modo negativo, es decir, se considera que constituye daño moral todo aquel daño que no es patrimonial<sup>329</sup>.

En desacuerdo con la definición negativa del daño moral encontramos a DIEZ-PICAZO, quien afirma que “la llamada definición negativa no es otra cosa que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan muy difíciles de resolver”.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013), “Comentario al art. 1106 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director), *Comentarios al Código Civil*, tomo VI (arts. 1043 a 1264), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 8113.

<sup>329</sup> A modo de ejemplo, SANTOS BRIZ, J. (1984), “Comentario al art. 1902 del CC”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXIV, artículos 1887 a 1929 del Código Civil, Edersa, Madrid, p. 167, “[e]s ésta la distinción que más atención ha merecido de la doctrina. Son daños patrimoniales los que producen un menoscabo valorable en dinero sobre intereses patrimoniales del perjudicado. Daños no patrimoniales son en principio aquellos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria”; ROCA I TRIAS, E. (2001), p. 330, “[l]os daños morales. Son aquellos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial”; MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2003), pp. 857 y 858, “[e]s bien sabido que todos los ordenamientos jurídicos distinguen daños patrimoniales y daños morales o, por utilizar un término más general y extendido, entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales. Aunque la terminología empleada para referirse a este segundo tipo de daños parte de presupuestos distintos y es muy variada (se habla así, por ejemplo, de *non-pecuniary loss* o *non material injury*; de *Schmerzensgel*, de *dommage morale*, de *danno morale* o *danno non patrimoniale*, etc.), a menudo se utiliza en su sentido más amplio de perjuicio no patrimonial. La amplitud de la tipología de daños que puede tener cabida dentro de la genérica categoría de daño moral dificulta una definición precisa y válida para todos los ordenamientos de nuestro entorno. Tal vez por esta razón, una primera aproximación conduce a dar una definición negativa de daño moral. Daño moral es, así, el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado. Sin embargo, los supuestos que caen dentro de esa categoría son muy variados, de forma que el daño moral cubre situaciones tan distintas como el daño a la integridad física, el perjuicio psíquico (dejando al margen las consecuencias económicas de tales daños), así como, en ciertos casos, la aflicción, la ansiedad, el temor, la angustia, la pérdida de confort, etc.”.

<sup>330</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Navarra, p. 74; de opinión similar, GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2015), “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F., MARÍN GARCÍA, I. (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, p. 52, “[l]a definición negativa del daño moral aporta, sin embargo, muy poca información sobre el significante. Tan escasa información como la que aportaría una definición negativa del daño patrimonial que lo definiera como aquél que no es moral. De hecho, la posibilidad de definir ambos tipos de daños por negación el uno del otro evidencia que se refieren a una misma realidad, el perjuicio que sufre la víctima o, mejor dicho, a consecuencias posibles de una misma realidad referida en todo caso a las consecuencias negativas de un comportamiento ajeno. La realidad del daño moral es tan amplia como puede serlo la del daño patrimonial”.

Si bien es cierto que la crítica expuesta de DIEZ-PICAZO relativa a que no es tarea fácil el delimitar el concepto de daño moral resulta razonable, tal dificultad no debe ser un obstáculo para estimar la existencia de estos daños y para admitir su carácter autónomo, pues sólo de esta forma podrá garantizarse una reparación íntegra de la víctima. La definición negativa es una manera práctica de conseguirlo, ya que, en caso contrario, el delimitar todas las afecciones que pueden recaer sobre la esfera “psíco-espiritual” de una persona constituiría una tarea realmente ardua para al final obtener el mismo resultado, el daño moral existe y ha de ser diferenciado de los daños patrimoniales.

La desaprobación que la definición negativa ha generado en algunos autores ha sido superada por la doctrina italiana en el ámbito de la responsabilidad aquiliana al emplear el concepto de “daño biológico” que ha ido evolucionando con el transcurrir del tiempo. Estos autores consideran que el “daño biológico” abarca todos los daños que pueden afectar a una persona, incluidos los que puedan repercutir en su integridad psicofísica, con independencia de que posean o no una naturaleza patrimonial, lo que ha sido un aliciente más en la flexibilización de la interpretación que del artículo 2059 del *Codice Civile* se ha realizado a lo largo del tiempo tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de este país, y que hemos tratado en el capítulo segundo<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> Por todos, CRICENTI, G. (2006), p. 33, “[l]a distinzione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale è stata diffusamente criticata in precedenza. Qui è sufficiente richiamare le ragioni principali di quella critica. A ben vedere, i tentativi distinguere tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale sono basati su alcuni criteri, che, più che rispondere alle esigenze della sistemazione, sono creati in funzione di determinate politiche del diritto, e prima fra tutte quella di assicurare tutela a certi interessi della persona”; FLAMINI, A. (2009), *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 65 y 66, “[i]l problema del danno non patrimoniale si è intrecciato con il lungo dibattito sul danno biologico, caratterizzato da fasi alterne e soluzioni altalenanti. Dapprima il danno bilógico, quale danno alla persona a prescindere dall’esistenza di un pregiudizio económico, è stato qualificato come danno non patrimoniale, ritenendosi che l’ambito di applicazione degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. si estendesse fino a ricomprendere ogni danno non suscettibile direttamente di valutazione económica. Successivamente è stato collocato al di fuori del concetto di danno non patrimoniale ed identificato con in danno-evento, sì che il fondamento del suo risarcimento è stato individuato nell’art. 2043 c.c. in combinato disposto con l’art. 32 cost. ed è stato affermato che l’art. 2059 c.c., riferendosi al solo danno morale soggettivo, non è incostituzionale”; ARRIGO, T. (2009), “Il danno alla persona”, en VISINTINI, G. (directora), *Trattato della responsabilità contrattuale*. Volume terzo. *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, CEDAM, Padua, p. 246, “[p]ertanto, e questo rappresenta il distacco dal modello interpretativo precedente, la categoria legislativa «danno non patrimoniale» deve essere intesa come danno da lesione di valori inerenti alla persona e non più solo come «danno morale soggettivo». Tuttavia, aggiunge la Corte, è da affermare l’inutilità di ritagliare all’interno della categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo, perchè quello che rileva per l’applicazione dell’art. 2059 c. c. è «l’ingiusta lesione di un interesse inerente la persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica». A livello di obiter dictum, si specifica con riguardo al punto accennato, che anche l’orientamento giurisprudenziale sul danno bilógico merita di essere rimeditato essendo venuta meno l’esigenza di sottrarre la sua risarcibilità al limite posto dal-l’art. 2059 c.c. nella nuova lettura costituzionalmente orientata e che in sede di valutazione equitativa la liquidazione di tutti i danni non patrimoniali può essere anche única purché si tenga conto di quanto riconosciuto a titolo di danno biologico in senso stretto (in presenza di una menomazione medicalmente accertata) ed a titolo di danno morale soggettivo per evitare il rischio di duplicazione dei risarcimenti”; LUCA, D., CLAUDIO, V. (2009), p. 22, “[a] tale evoluzione del sistema si è prevenuti per tappe progressive. L’inizio di tale cambiamento va ampiamente retrodatato: una simile evoluzione rappresenta l’effetto inevitabile, anche se a lungo rinviato-dei continui aggiustamenti che l’istituto della responsabilità civile ha subito in seguito all’introduzione, entro tale contesto, di una categoria come quella danno

Aunque el desarrollo del concepto de “daño biológico” que se ha realizado en Italia da pie a una definición más elaborada de los daños no patrimoniales que la definición negativa y, consecuentemente, del daño moral, entendemos que la asunción de este concepto por parte de los tribunales y de los autores españoles podría conllevar una limitación del reconocimiento de los daños no patrimoniales únicamente a las personas físicas. Es por ello que consideramos que sustituir el recurso de la definición negativa por el concepto del “daño biológico” supondría un retroceso en la jurisprudencia que ha reconocido indemnizaciones por daño moral a personas jurídicas. Además, como manifiesta MEDINA CRESPO, cabe cuestionarse la utilidad de realizar el esfuerzo científico de desarrollar un concepto con una precisión y amplitud similar al elaborado en Italia en un país como España en el que el Código Civil no recoge una limitación parecida al artículo 2059 del *Codice Civile*<sup>332</sup>.

---

*biológico*”; FLORIANA CURSI, M. (2010), *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Jovene Editore, Nápoles, pp. 232 y 233, “[u]na simile impostazione è stata accolta integralmente dalla Corte Costituzionale nella nota decisione n. 184/86 –definita non a torto sentenza-trattato- che ammette la tutela del danno bilógico, attraverso la ridefinizione dogmatica della nozione di danno non patrimoniale. La Consulta si è preoccupata di fornire una duplice giustificazione alla decisione: una sul piano storico-sistematico; l’altra su quello lógico-giuridico. Quanto alla prima, l’esame della vicenda legislativa che ha condotto all’attuale formulazione dell’art. 2059 c.c. porterebbe a concludere che il danno non patrimoniale –qualificazione preferita a quella di danno morale, per l’ambiguità che deriverebbe da quest’ultima locuzione se riferita a «danni che, sebbene, abbiano radice in offese alla personalità morale, direttamente o indirettamente menomano il patrimonio» -riguardasse i soli danni morali soggettivi. Così interpretata, la norma non potrebbe essere applicata al danno biologico per l’intima differenza con il danno morale puro. Rispetto al secondo argomento, la Corte ritiene che il danno alla salute differisca dai danni morale e patrimoniale per la diversa natura giuridica: l’uno sarebbe un danno-evento, gli altri, invece, danni-conseguenza, secondo un criterio elaborato nel diritto penale e che per questo motivo era evidentemente familiare al relatore della sentenza, il penalista Dell’Andro”; ZIVIZ, P. (2011), p. 43, “[c]ompletamente differente appare l’ottica che guida alla creazione del danno biologico: esso rappresenta, infatti, il primo tentativo di trovare una risposta alle ristrettezze de un Sistema ove il risarcimento si esauriva nella scarna alternative danno patrimoniale/danno morale”.

<sup>332</sup> MEDINA CRESPO, M. (1998), “La doctrina judicial italiana sobre el daño biológico. Un ejemplo de superación de los obstáculos legales. La experiencia española como término de comparación”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1819, pp. 862 y 863, “[l]a experiencia italiana, manifestada en la construcción del daño biológico como concepto autónomo y resarcible, constituye un perfecto ejemplo de cómo las dificultades creadas por el derecho positivo sirven para aguzar el ingenio de los intérpretes, puesto al servicio de la consecución de la justicia material. La gran dificultad venía determinada, según hemos visto, por la existencia del art. 2059 CC que, al limitar la reparación del daño no patrimonial a los casos expresamente previstos en las leyes (cual acontece en el ámbito criminal: art. 185 CP) hacía inequívoco el sentido de que la norma general del art. 1043 CC se proyecta en exclusiva sobre el daño patrimonial. Ciertamente que este precepto habla sólo de daño (daño injusto), sin que se le añada un adjetivo de restricción material, de modo que su interpretación literal permitía incluir en su ámbito cualquier especie de daño (patrimonial y no patrimonial), pero esta interpretación quedaba impedida por el criterio sistemático, al ponerse en relación dicho precepto con el 2059, con la conclusión de que aquél afecta en exclusiva al daño patrimonial. Se trata de una problemática a la que es ajena nuestro Derecho, pues, al no existir en éste un precepto como el art. 2059 (debido paradójicamente a la modernidad secante de su confección), la falta de adjetivación del daño mencionado en nuestro art. 1902 (que se corresponde con el 2043 italiano) dio lugar a que en la segunda década de este siglo se entendiera que el daño moral es resarcible de acuerdo con tal precepto; sin que esta conclusión resultara dificultada por el hecho de que la resarcibilidad de los daños morales sólo se plasmara de forma expresa en el Código Penal”.

Ahora bien, entendiendo que los daños no patrimoniales son aquellos que engloban las lesiones que recaen sobre los intereses pertenecientes a la esfera personal o extrapatrimonial de los individuos, cabe preguntarse la utilidad práctica de distinguir entre daños patrimoniales y no patrimoniales.

Parte de la doctrina considera que la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales es jurídicamente relevante, debido a que los daños extrapatrimoniales se caracterizan por la ausencia de correspondencia pecuniaria objetiva, pues no responden a la necesidad económica que un bien podría reportar a una persona, por lo que el daño extrapatrimonial nunca sería resarcido económicamente en su integridad<sup>333</sup>.

Otros autores piensan que la distinción entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales es indiferente pues la frontera entre ambos a veces es imposible de diferenciar, no afectando además tal distinción a lo realmente relevante, la necesidad y obligación de que todos los daños deben ser resarcidos con independencia de su naturaleza u origen<sup>334</sup>.

Ante estas opciones, el Tribunal Supremo opta por distinguir entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. El Tribunal considera que los daños morales por su propia naturaleza son imposibles de identificar con un *quantum* económico, a diferencia de lo que

---

<sup>333</sup> Defendiendo esta postura encontramos a: GÓMEZ POMAR, F., (2000), "Daño moral", *Indret* 1/00 (www.indret.com), pp. 1 y 2: "Los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida: a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero. b) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetrapléjico como consecuencia de un accidente"; DíEZ-PICAZO, L. (2008), *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Navarra, p.77, "[n]o podemos decir que ocurra lo mismo en el plano de los daños morales, porque el problema límite de la resarcibilidad está implícito en la investigación del concepto y es inseparable de él. Sólo podremos saber si se resarcen todos los daños morales cuando conozcamos el concepto y a la inversa, sólo podremos conocer el concepto si determinamos la forma en que el ordenamiento otorga su protección en esta materia".

<sup>334</sup> En este sentido, GARCÍA LÓPEZ, R. (1990), p. 66: "Esta diferenciación entre el daño moral y el daño físico resulta jurídicamente irrelevante, pues las características y consecuencias jurídicas de ambos tipos de daños vienen a ser exactamente las mismas, no afectando para nada el criterio de la materialidad o inmaterialidad. Además, desde el punto de vista extrajurídico, como el mismo autor reconoce, existen múltiples supuestos en los que el deslinde entre lo físico y lo moral presenta verdaderas dificultades de clarificación"; NAVEIRA ZARRA, M. M. (2006), *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual (colección de monografías jurídicas "Gregorio López)*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, p.113, "[e]n relación con esta clasificación realizada por el autor citado hemos de señalar con GARCÍA LÓPEZ que, a nuestro juicio, la distinción entre daño moral y daño físico o corporal carece de toda trascendencia en orden a la calificación del perjuicio -no así, en cambio, con relación a su concreta reparación, ámbito éste en el que el perjuicio corporal adquiere autonomía al considerarse resarcible por sí mismo, al margen de otros daños patrimoniales o morales (v.gr., «pretium doloris») que con él puedan coexistir-. La afirmación precedente deriva de la consideración de que el uno (daño moral) es tan extrapatrimonial como el otro (daño corporal), por lo que presentando idénticas características, iguales serán las consecuencias jurídicas que de ellos ser deriven".



ocurre con los daños patrimoniales, es decir, el Tribunal se refiere al daño moral teniendo en cuenta su separación respecto de los perjuicios corporales. Como muestra de lo indicado, la Sentencia de 9 de mayo de 1984 del Tribunal Supremo expone en su Considerando quinto que “es preciso tener en cuenta que la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y por lo mismo exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible (el del mundo del ser al del deber ser), jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del *«alterum non laedere»* y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce”<sup>335</sup>.

Asimismo, sobre los daños nacidos de un incumplimiento, el Tribunal Supremo refleja en su Sentencia de 5 de junio de 1985 (Considerando primero) que “por regla general el incumplimiento, cuando, así se declara, es generante *«per se»* de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, «pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que las contravenciones de los contratantes no tienen ninguna repercusión, sin que por otra parte, puedan equipararse los supuestos en los que hay una ausencia total de prueba respecto a la realidad de los daños y perjuicios y aquellos otros en los que la falta o ausencia de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños, que se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía»”.

Como ya adelantábamos al principio del epígrafe, el Alto Tribunal en gran parte de sus sentencias acude al recurso de la definición negativa para diferenciar los daños extrapatrimoniales de los patrimoniales y, por tanto, para definir el daño moral. A modo de ejemplo, encontramos la Sentencia número 139/2001 de 22 de febrero (FJ. 6º), en la que el Tribunal Supremo establece que “debe entenderse como daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su *«quantum económico»*, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico”<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Sentencia comentada por IGARTUA ARREGUI, F. (1984), “Sentencia de 9 de mayo de 1984. Daño moral contractual. Reconocimiento en sentencia apelada. Daños y perjuicios e incumplimiento de contrato. Frustración de las expectativas basadas en el contrato. Lesión a la permanencia en el ejercicio de una actividad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 5, págs. 1631-1644.

<sup>336</sup> Sentencia comentada por MEDINA CRESPO, M. (2001), “Sentencia de 22 de febrero de 2001. Responsabilidad civil por las graves lesiones sufridas por el cliente de un hotel, causadas al caerse de la terraza de su habitación, por rotura de la barandilla. Presunción no enervada de la culpa del establecimiento hotelero. Resarcimiento por los daños corporales y morales: su autonomía conceptual y su relativa autonomía resarcitoria. La fórmula de los intereses procesales”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*

La distinción que efectúa el Tribunal Supremo entre los daños patrimoniales y extrapatrimoniales basada en la posibilidad de identificación económica de los mismos es criticada por algunos autores que consideran que aunque sea cierto que en general los daños extrapatrimoniales poseen una especial dificultad para poder ser identificados con un *quantum* económico, puede entenderse que con el tiempo y en determinados supuestos podemos asistir a una valoración económica-social de tales daños<sup>337</sup>.

En cualquier caso, aunque posiblemente la definición negativa del daño moral constituye hoy por hoy, como mencionamos anteriormente, la vía más simple de clasificación de estos daños, debemos sumarnos a aquellos autores que sostienen que la importancia de obtener una definición del daño moral ha de pasar a un segundo plano, pues lo realmente relevante es que todo daño sea valorado y resarcido conforme a las circunstancias de cada caso concreto, con independencia de su naturaleza o de la dificultad que su identificación pecuniaria pueda suponer.

En nuestra opinión, lo que realmente debe prevalecer es que se garantice un reconocimiento autónomo de los daños no patrimoniales que posibilite el cumplimiento del principio de reparación íntegra y que dicho principio no se vea limitado por la dificultad que pueda existir en la identificación del daño ocasionado con un *quantum* económico, dificultad que no sólo poseen los daños no patrimoniales ya que es complicado encontrar daños patrimoniales cuya identificación económica sea del todo indubitable.

#### **4.4 El sujeto pasivo del daño moral. El daño moral en el marco de las personas jurídicas**

##### **4.4.1 Planteamiento**

Podemos sostener con total seguridad, como una idea básica y obvia, que tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales existen, con independencia de los diferentes términos que podamos usar para referirnos a ellos, hasta el punto de que en múltiples ocasiones la línea divisoria entre una u otra categoría es prácticamente inexistente, pudiendo derivar un daño no patrimonial en un daño económico o viceversa. Cuestiones distintas son la prueba y el resarcimiento de estos daños.

---

*Civil*, nº 57, págs. 677-699; en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo número 366/2010, de 15 de junio, FJ. 7º, “[l]a doctrina mayoritaria concibe el daño moral por oposición al daño puramente patrimonial como aquél que afecta a bienes o derechos de naturaleza estrictamente personal, lo cual no es sino reflejo de la clasificación de los derechos subjetivos en dos grandes grupos: los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad. La lesión de los primeros genera un daño patrimonial mientras que la conculcación de alguno de los integrados en la segunda categoría origina un daño moral”.

<sup>337</sup> De esta forma, NAVEIRA ZARRA, M. M. (2006), p. 117: “Si bien es cierto que, en general, los daños no patrimoniales se caracterizan precisamente por su inestimabilidad pecuniaria, se puede afirmar que a través de una convención social son susceptibles de ser valorados en dinero”.

Ahora bien, la posible existencia de daños no patrimoniales puede no ser tan clara cuando trascendemos la esfera de la persona física y la intentamos atribuir a una institución inventada como es la persona jurídica. DE CASTRO Y BRAVO nos recuerda que “[n]uestro concepto abstracto de «persona» es nuevo y todavía más reciente el de «persona jurídica». Este se ha ido formando por etapas, algunas de las cuales se revelan hasta en el nombre que en cada época se usa predominantemente: *persona ficta*; persona moral, persona jurídica. Se ha formado, deformado y reformado bajo el impacto de las circunstancias y las exigencias sociales y culturales de los tiempos. Lo que no quiere decir, puede advertirse desde ahora, que los conceptos de persona y de persona jurídica sean arbitrarios; antes bien, el curso de su evolución muestra quizás mejor que nada, junto a desviaciones circunstanciales, la permanencia de ciertas notas, cuando una institución es calificada de persona *ficta*, representada, moral, mística o jurídica”<sup>338</sup>.

La consideración de las personas jurídicas en el derecho español como sujetos susceptibles de padecer daño moral es una cuestión muy discutida, por las controversias doctrinales existentes sobre la materia, y sobre todo porque no podemos hablar de un criterio inmutable de nuestro Tribunal Supremo al respecto.

La primera dificultad la encontramos en la falta de referencias a las personas jurídicas como sujetos pasivos del daño moral en la escasa legislación nacional relativa a los daños no patrimoniales<sup>339</sup>.

Podemos encontrar un ejemplo de la dificultad mencionada en la Ley Orgánica 1/1982, cuyo artículo 2.1 delimita la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia, aunque también es cierto que en esta Ley se menciona el concepto “persona jurídica” en su artículo 4.1, contemplándose la posibilidad de que la persona fallecida legue el ejercicio de las acciones de protección de su derecho al honor a una persona jurídica<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991), *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, p. 144.

<sup>339</sup> Por todos, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2006), “Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo? Comentario a la STS, 2ª, 24.2.2005”, *Indret* 2/2006 (www.indret.com), p. 10: “La admisión de daños morales en una persona jurídica supone, por una parte, la búsqueda de un concepto general de daño moral adecuado a las características de un ente de este tipo y, por otra parte, la identificación, en cada caso específico, del daño moral concreto que se ha producido”.

<sup>340</sup> SALVADOR CODERCH, P. (1990), “El concepto de difamación en sentido estricto. 3. Relativo a una persona”, en SALVADOR CODERCH, P. (director), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 215, “[l]a Ley española calla, pero, como se sostuvo en *¿qué es difamar?*, no hacía falta que hablara para reconocer ese limitado derecho a la reputación: Bastaba con que lo hiciera con carácter general el art. 38 Cc («Las personas jurídicas pueden...ejercitar acciones civiles...conforme a las leyes y reglas de su constitución»). Más aún: el posterior y más trascendente art. 18 CE distingue entre «el derecho al honor» sin especificar y «a la intimidad personal y familiar» y, de nuevo con carácter genérico, el derecho, sin más, «a la propia imagen». Para negarlo la LO 1/1982 debería haberlo indicado expresamente, aunque no hubiera sido fácil justificar por qué la reputación comercial de una sociedad anónima o la honestidad y altura de miras de una fundación cultural no han de ser objeto de tutela; ello

Por otro lado, puede entenderse que desde un punto de vista económico es imposible sostener que una persona jurídica padezca daños extrapatrimoniales debido a la naturaleza propia de estos daños, ya que los mismos recaen sobre la esfera inmaterial del individuo, es decir, sobre sus sentimientos, honor, etc., siendo inverosímil que una persona jurídica posea tal esfera inmaterial, por lo que resultaría imposible que sufriera daños extrapatrimoniales<sup>341</sup>.

---

podría fácilmente permitir a cualquiera aniquilar a la persona jurídica de que se trate u obstaculizar gravemente su funcionamiento y de manera absolutamente impune. Sean o no entidades con finalidad lucrativa, si la información falsa tiende a perjudicar su buena marcha desacreditándolas o disuadiendo al público de pertenecer a ellas, de apoyarlas financieramente o de relacionarse con sus actividades sociales o corporativas, entonces hay acción por difamación”; CAPILLA RONCERO, F. (2003), “Las personas jurídicas: régimen general”, en BLASCO GASCÓ, F. (coordinador), *Derecho civil. Parte general derecho de la persona*, edición de 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 399, “[l]a regulación contenida en la LO 1/1982, de 5 de mayo (de protección civil del honor, intimidad e imagen), no está pensada para las personas jurídicas. Pero parece posible que el honor de las personas jurídicas, especialmente cuando se atente contra él provocando demérito de la consideración y estima que merezca un colectivo de personas (integrado en la organización de que se trate), puede merecer tutela a través del cauce de protección de derechos fundamentales. Potenciando la concepción objetiva de honor (estima ajena) e incluyendo la estima profesional en él, cabe convenir en la protección del honor de entes personificados”; CALLEJO CARRIÓN, S. (2005), “El derecho al honor: actualidad y crisis del concepto”, *Actualidad Civil*, nº 14, quincena del 16 al 31 de julio de 2005 (<http://www.laley.es>), pp. 14 y 15, “[e]ste supuesto fáctico lo contempla la LO 1/1982, de 5 de mayo, que en su introducción a modo de preámbulo confirma que aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de ésta última que debe también ser tutelada por el derecho, por ello, se atribuye también la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona. Y en esa filosofía tienen legitimación para ejercitar acciones la persona que el sujeto fallecido hubiese designado en su testamento, designación que puede recaer en una persona jurídica, en su defecto, los parientes supervivientes (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada)”.

<sup>341</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2007), *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, p. 133: “Los que consideran el daño moral como una lesión que produce pesar o también llamado “*pretium doloris*”, desde un punto de vista dogmático no podrían considerar que una persona jurídica sufriera daños extrapatrimoniales. Incluso, en el caso de que la concepción sea aquella que considera como daños morales los que producen detrimento de cualquier derecho de la personalidad, las personas jurídicas no logran asimilarse a las personas naturales. Asimismo, si para la procedencia de la indemnización del daño moral, la persona lesionada debe tener conocimiento de la pérdida o variación sobrellevada, la persona jurídica no es titular de acción por daño moral porque no logrará apreciar la lesión soportada, por ser ella en sí misma una categoría abstracta jurídica”; GÓMEZ GARRIDO, J. (2010), “Derecho al honor y persona jurídico-privada”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 8, diciembre de 2010, pp. 217 y 218, “son aplicables perfectamente las disposiciones de la LO 1/82, las cuales no chocarían con la naturaleza de la persona jurídico-privada en lo que se refiere a la imposibilidad por éstas de sufrir daños morales. Mi opinión es que, aceptando que en tanto que no tienen sentimientos no pueden disfrutar de moral, sin embargo esto no obsta para que gocen de honor, ya que son elementos distintos aunque en muchos casos vayan unidos. Así, no es necesario intentar construir un argumento artificial sobre daños morales de las personas jurídicas, pues al no operar la presunción del artículo 9.3 «*iure et de iure*» sería posible una tutela del derecho al honor sin daño moral, y no habría por tanto ningún obstáculo para aplicar la citada ley a las personas jurídico-privadas. Siendo así, cuando exista una intromisión en el derecho al honor de una persona jurídico-privada, habría que tomar medidas de cesación, o prevención de esa intromisión, y de resarcimiento tanto de forma específica; publicación de Sentencia, etc., como de forma genérica en tanto se demuestre que ha habido daños

#### 4.4.2 El daño moral en el marco de las personas jurídicas

La falta de referencias legales a la titularidad del honor de las personas jurídicas implica que en nuestro Derecho tampoco existan referencias relativas al padecimiento de daño moral por estos entes, aunque esta carencia en la regulación del daño moral no se limita únicamente a las personas jurídicas.

Como veremos en los apartados correspondientes, el tratamiento del daño moral desarrollado por la jurisprudencia en múltiples ámbitos ha trascendido con creces la regulación de nuestro Derecho positivo. Por lo que si esta escasez de regulación en nuestro ordenamiento no ha sido un obstáculo para la jurisprudencia sobre el daño moral, tampoco debería ser un impedimento para extender la titularidad del derecho al honor y de su protección a las personas jurídicas, máxime cuando el artículo 162.1 b) de nuestra Constitución posibilita a toda persona jurídica que invoque un interés legítimo mediante la interposición de un recurso de amparo<sup>342</sup>.

En cuanto a la falta de una esfera inmaterial o psíquica de la persona jurídica, debemos sumarnos a aquellos autores que interpretan que la persona jurídica al intervenir en el tráfico económico necesita mantener una reputación o fama frente a los agentes con los que interactúe, reputación o fama que a su vez puede verse extendida a los socios que constituyan la misma. Aunque es cierto que este honor nunca podrá poseer la profundidad y trascendencia que pueda suponer la honorabilidad de cualquier persona física, esto no debe ser obstáculo para que merezca ser reconocido y protegido<sup>343</sup>.

---

patrimoniales reales y efectivos, o daños patrimoniales futuros o potenciales, es decir, prever cómo va a afectar ese ataque al honor en los beneficios de una empresa, o en las afiliaciones de un sindicato por ejemplo”.

<sup>342</sup> En esta misma línea encontramos a VERA SANTOS, J. M. (1998), *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 33, “[n]o existe una norma que en nuestro ordenamiento prevea la posible titularidad por las personas jurídicas de derechos fundamentales. Lo anterior no es exponente «a contrario sensu» de que lo anterior sea inviable. Más aún, la interpretación global de artículos como el 53 y el 162.1.b) CE y 46 LOTC y el desarrollo jurisprudencial al respecto de la titularidad de derechos fundamentales por extranjeros, a la vez que la legitimación de personas jurídicas para la interposición del amparo, suponen una apertura que nos permite argumentar lo contrario”.

<sup>343</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2000), *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 158 y 159, “[e]n efecto creo, como ya he dicho *supra*, que el honor no sólo emana del aspecto estático de la dignidad, sino que está relacionado también con su componente dinámico de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, y, por ello, con la pretensión del respeto que cada persona merece en función de las esferas sociales en las que se integra y su grado de participación en ellas. Y si el honor está vinculado a las relaciones de reconocimiento, presupuesto para que las personas puedan existir y actuar en sociedad, creo que será también predicable de las personas jurídico-privadas. Así, aunque con respecto a estos entes no puede hablarse de honor en el sentido de pretensión de trato digno y humano (aspecto estático de la dignidad), sí puede afirmarse que tienen derecho a una pretensión de respeto que se corresponda con las funciones que asumen y la forma en que las desarrollan (aspecto dinámico de la dignidad). En este sentido, creo que las personas jurídicas, en tanto son capaces de intervenir en las relaciones sociales y económicas, se encuentran necesitadas de buen crédito y fama para desarrollar sus

La posición del Tribunal Supremo, como ya adelantamos en el anterior epígrafe, ha ido evolucionando con el transcurrir del tiempo. En un primer momento, el Tribunal Supremo era reacio a considerar la existencia de daño moral en las personas jurídicas debido a que entendía los derechos fundamentales contemplados en el artículo 18 de nuestra Constitución como derechos de tinte eminentemente personalista y, por lo tanto, de imposible reconocimiento y protección en una persona jurídica. Un ejemplo de esta jurisprudencia lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 9 de febrero de 1989 (FJ. 1º), donde se indicó que el contenido del artículo 18.1 de la Constitución tiene un significado eminentemente personalista y que dicha interpretación se encuentra avalada por la Ley Orgánica 1/1982<sup>344</sup>.

Posteriormente, el Tribunal empezó a cambiar su posición sobre la aceptación del reconocimiento del daño moral en las personas jurídicas. Uno de los primeros atisbos de cambio se aprecia en la Sentencia de 5 de octubre de 1989, donde se menciona la conveniencia de una más específica protección y tutela jurídica de los partidos políticos como instituciones públicas fundamentales en un Estado social y democrático de Derecho, recomendando el Tribunal evitar en los debates políticos y polémicos un lenguaje que desmerezca de la cualificada función que tanto a los miembros de los distintos partidos como a los profesionales de la prensa compete en la conveniente y enriquecedora

---

finés”; ROSADO IGLESIAS, G. (2004), *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 198, “no hay duda de que la consideración que se tiene de una persona jurídica es fundamental para la vida de la misma: bien, si es una asociación de base personal en cuanto afectará al desarrollo de sus actividades, al cumplimiento de sus fines, cuando no se proyectará sobre los propios socios; bien, si lo es patrimonial, mercantil, a la par que puede tener consecuencias en el desarrollo de sus actividades, dónde seguro habrá de notarse es en el valor económico, en la posibilidad de generar incrementos y/o pérdidas patrimoniales (la fama de la persona jurídica es un activo patrimonial en sí mismo)”.

<sup>344</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 9 de febrero de 1989, FJ. 1º: “Viene siendo doctrina pacífica la que entiende que los Derechos Fundamentales establecidos en el artículo 18.1 de la Constitución tienen un significado eminentemente personalista, en el sentido de estar referidos a la persona individual. Tal interpretación está avalada por la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo que desarrolla el precepto constitucional indicado y regula el Derecho al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y así se deduce del empleo de la palabra persona en el artículo 2.º; vida íntima de las personas en el artículo 7.º, 1 y 2; vida privada de una persona o familia, datos privados de las mismas o imagen de una persona, números 3, 4 y 5 del mismo precepto”; en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 24 de octubre de 1988, FJ. 5º: “De un lado el entonces Ministro de Transportes, y de otro el Colectivo de los Controladores Aéreos, colectividad ésta implicada en asuntos de relevancia pública y obligada por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resultaran afectados por opiniones de interés general, en aras del pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura; y, finalmente, el carácter de clase determinada del Estado que hay que atribuir a los demandantes, respecto de los cuales resulta inadecuado hablar del honor, concepto éste de significado personalista, siendo más correcto emplear los términos dignidad o prestigio, no identificables con el honor y objeto de un nivel más débil de protección frente a la libertad de expresión, cabe concluir que las expresiones vertidas por el demandado no alcanzan el carácter de intromisión ilegítima en el honor de los demandados, por lo que la resolución recurrida al entender lo contrario, aplicó indebidamente el artículo 7.º número 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo”.

confrontación y crítica políticas, evitando en todo caso expresiones y términos impropios de las mejores y más prestigiosas democracias parlamentarias<sup>345</sup>.

Actualmente, el Tribunal Supremo considera que la reputación mercantil forma parte del patrimonio moral, con independencia de que el daño causado a tal reputación pueda tener como resultado perjuicios directos en el patrimonio de la sociedad como, por ejemplo, la pérdida de clientela<sup>346</sup>.

Asimismo, conviene mencionar también la postura del Tribunal Constitucional respecto a la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas. El Tribunal Constitucional, al igual que el Tribunal Supremo, ha modificado su doctrina a lo largo del tiempo, admitiendo actualmente que el artículo 18 de la Constitución es aplicable también a las personas jurídicas, considerando para ello que las personas jurídicas poseen una identidad propia que debe ser protegida tanto en sí misma como en lo que se refiere al ejercicio de ésta.

Con anterioridad a la interpretación actual, el Tribunal Constitucional entendía que el derecho al honor poseía un significado personalista, siendo referible únicamente a la persona individualmente considerada. Como muestra de esta postura, encontramos la Sentencia del Tribunal Constitucional número 107/1988, de 8 de junio de 1988 (FJ. 2º), donde se expone que “el valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en

---

<sup>345</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1989, FJ. 2º, “en opinión de la Sala, la conveniencia de una más específica protección y tutela jurídica de los partidos políticos como instituciones públicas fundamentales en un Estado social y democrático de Derecho, en cuanto que aquéllos son, sin duda, la más genuina expresión del pluralismo político, concebido y configurado en el artículo 1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, en cuyo marco los partidos políticos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular como instrumentos fundamentales para la participación política (artículo 6 de la Constitución), todo lo cual acentúa y encarece la necesidad de evitar en los debates políticos y polémicos consiguientes un lenguaje que desmerezca de la cualificada función que tanto a los miembros de los distintos partidos como a los profesionales de la prensa compete en la conveniente y enriquecedora confrontación y crítica políticas, evitando en todo caso expresiones y términos impropios de las mejores y más prestigiosas democracias parlamentarias”.

<sup>346</sup> A modo de ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, 1160/1994 de 14 de diciembre, FJ. 7º: “Aunque fuera harto difícil valorar los perjuicios económicos producidos, resultan innegables los correspondientes al daño moral, del que pueden ser víctimas, tanto las personas físicas, como las jurídicas”; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, 127/2002 de 20 de febrero, FJ. 5º: “El daño moral es el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas”.

cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública”.

En contraposición con esta primera interpretación del artículo 18 CE, el Tribunal Constitucional terminó aceptando que las personas jurídicas deben encontrarse incluidas dentro del ámbito de protección del derecho al honor aunque este derecho se encuentre directamente vinculado a la dignidad de la persona, siendo un claro ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995, de 26 de septiembre (FJ. 5º), en donde se aclara que “dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 CE. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la CE. Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982)”.

La primera Sentencia mencionada, además de ser una muestra de la doctrina anterior del Tribunal Constitucional, versa sobre la titularidad del derecho al honor de las personas jurídico-públicas. Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional concluye que las personas jurídico-públicas ejercen funciones de relevancia pública que implican que deban soportar el riesgo de que sus derechos subjetivos puedan verse afectados por opiniones o informaciones diversas, lo que ha sido interpretado por VIDAL MARÍN en el sentido de que el Tribunal Constitucional protege los derechos y libertades que tienen al individuo como sujeto activo y al Estado como sujeto pasivo, por lo que el reconocimiento de derechos



fundamentales a los entes personificados de naturaleza pública debe realizarse únicamente de forma excepcional<sup>347</sup>.

Si bien es cierto que, tal y como refleja el Alto Tribunal en la Sentencia mencionada, el fin y ámbito de actuación de una persona jurídico-pública es diferente al de una persona jurídico-privada y por lo tanto el derecho al honor en estos casos no debe ser protegido o al menos protegido en menor medida, pues lo contrario podría implicar directamente una vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión que además en estas situaciones podría ocasionar comportamientos antidemocráticos (pensemos por ejemplo en la imposibilidad de ejercer una crítica negativa a la actuación de una entidad pública por existir el riesgo de vulnerar el honor de la misma), algunos autores defienden que hay entidades públicas que poseen intereses propios que necesitan ser protegidos para poder llevarlos a cabo<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> VIDAL MARÍN, T. (2007), "Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional", *Indret* 1/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 10, "el más alto de nuestros Tribunales ha sido consciente de la dificultad de extender la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Público. Así, ha venido reconociendo como en principio "los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos", de ahí que "la noción misma de derecho fundamental que está en la base del artículo 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública". Es por ello por lo que el Tribunal ha reconocido sólo excepcionalmente a los entes personificados de naturaleza pública la titularidad de algún derecho fundamental, pero ni mucho menos en toda su extensión"; en defensa de la dificultad de extender la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, encontramos también a RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>a</sup>. (2000), "¿Quid de nuevo sobre el derecho al honor de las personas jurídicas?", *Revista Jurídica Española la Ley*, N<sup>o</sup> 2 año 2000, editorial La Ley, p. 1617, "hay razones suficientes para negar a estas últimas la titularidad del derecho al honor y en general la titularidad de derechos fundamentales. En primer lugar, porque una organización administrativa no se encuentra frente al Estado en la misma posición que un particular, de manera que para defender su esfera de intereses no necesita del reconocimiento de derechos fundamentales recurribles en amparo ante el Constitucional sino que bastan las normas de organización existentes cuyo fin es la delimitación de competencias entre las diversas administraciones. Incluso la posición de una persona jurídico-pública sometida al Derecho Privado no es equiparable a la de un particular, ya que cuando actúa sometida a tal derecho sigue poseyendo una serie de privilegios y además no hay una actividad pura de la Administración en la medida en que tal actividad siempre está conectada al interés general. En segundo lugar, aunque hay diferentes pronunciamientos en que el Constitucional reconoce la titularidad del art. 14 de la Constitución (principio de igualdad) a personas jurídico-públicas, en el caso concreto de estos dos preceptos estamos, más que ante derechos fundamentales, ante garantías objetivas del proceso".

<sup>348</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2000), p. 171, "respecto a un gran número de entes públicos no cabe negar la personalidad jurídica: una Universidad, un Ayuntamiento o Radio Televisión Española no sólo tienen personalidad jurídica, sino que, como las personas jurídico-privadas, poseen intereses propios, distintos de los de quienes las integran, y requieren, para el cumplimiento de sus fines, de los derechos fundamentales que garanticen sus condiciones de existencia e identidad, entre ellos el derecho al honor. Pero incluso respecto de órganos de la Administración sin personalidad jurídica podrá a menudo afirmarse también la existencia de organización, la capacidad de construcción de una voluntad unitaria y la necesaria individualización de componentes y fines requeridos para reconocer el honor a una unión de personas y/o bienes".

A diferencia de la Sentencia 107/1988, la también citada Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995, de 26 de septiembre, disipa todas las posibles dudas relativas a la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas, lo que permite a ARAGÓN REYES sostener que “[l]a doctrina, clara y tajante, de esta Sentencia, que hemos comentado, y que ha resultado confirmada por la posterior S. 183/1995, también comentada más atrás, ya no admite dudas: las personas jurídicas de todo tipo (ya sean civiles o mercantiles, de base personalista o corporativa, ya se trate de sociedades, asociaciones o fundaciones, es decir, sean cuales sean su estructura y sus fines) son titulares del derecho fundamental al honor. Esa es, pues, la doctrina del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, *ese es hoy nuestro Derecho positivo* (al que deberán atenerse los juristas y, más específicamente, que deberán aplicar todos los jueces y tribunales), en cuanto que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución (según reconoce el art. 1 de su Ley Orgánica), y por ello sus Sentencias vinculan a todos los poderes públicos (art. 164 de la Constitución) y muy en particular a los órganos judiciales, que han de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico de conformidad con la doctrina establecida en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todos los procesos constitucionales de los que entiende (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)”<sup>349</sup>.

Podemos concluir que la tendencia actual de nuestros tribunales es la de admitir que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor (con la excepción de las personas jurídico-públicas cuyo derecho al honor merece menor protección) por lo que, en consecuencia, pueden ser víctimas de daños morales. Sin embargo, algunos autores asocian esta evolución de nuestra jurisprudencia a la utilización del concepto de daño moral como una pretensión por parte de los jueces y magistrados de no dejar sin sanción ciertas actuaciones que constituirían un menoscabo patrimonial más que un menoscabo extrapatrimonial, que de otra forma no podría sancionarse<sup>350</sup>. A nuestro entender este posicionamiento doctrinal es incorrecto, pues acaba por negar la titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas, titularidad que, con la excepción de las personas jurídico-públicas, parece ser incuestionable en la sociedad actual, por lo que no podemos sino afirmar que la evolución jurisprudencial que hemos expuesto con anterioridad lejos de ser

---

<sup>349</sup> ARAGÓN REYES, M. (1999), “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1999, Madrid, pp. 26 y 27; de igual forma, CARRILLO, M. (1996), “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor”, *Derecho privado y Constitución*, nº 10, septiembre-diciembre 1996, p. 113, “[e]l TC no duda en considerar que se trata de derechos fundamentales y, por tanto, que la reputación social de las personas jurídicas puede ser invocada por ellas como titulares del derecho al honor. Y no de simples intereses legítimos. Lo cual parece razonable, si de los que se trata es de delimitar la naturaleza moral del daño producido sobre el crédito social de una entidad como algo específico y autónomo de otros bienes jurídicos situados en la órbita de lo patrimonial”.

<sup>350</sup> PÉREZ FUENTES, G. M. (2004), p. 30, “[s]e establece la inclinación del Tribunal Supremo a reconducir por el ámbito de la indemnización del daño moral, el resarcimiento de perjuicios de carácter patrimonial, cuando éstos resultan de difícil prueba, y en particular a conceder indemnizaciones en estas circunstancias a favor de personas jurídicas, especialmente a empresas”.

errónea supone una adaptación necesaria a la actividad actual que desarrollan las personas jurídicas en nuestro entorno<sup>351</sup>.

#### **4.5 Indemnización del daño moral en el Derecho español**

##### **4.5.1 Principales problemas en la calificación del daño moral en el Derecho español**

###### **4.5.1.1 Discusión sobre la clasificación del daño moral por incumplimiento del contrato como daño contractual o extracontractual**

Existe un debate doctrinal recurrente sobre si el conocido como daño moral por incumplimiento del contrato debe integrarse dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, o si por el contrario debe ser englobado dentro de lo que se conoce como responsabilidad extracontractual, distinción que a nuestro entender es de gran importancia,

---

<sup>351</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1992), "Sentencia de 15 de abril de 1992. Derecho al honor: extensión a las personas jurídicas", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 29, editorial Civitas, pp. 520 y 521, "[c]uando alguien afirma que una sociedad, una asociación o una fundación es una cueva de sinvergüenzas puede atentar contra el derecho al honor de todos aquellos que son socios, o patronos, o forman parte de los órganos de gestión o dirección de esas personas jurídicas, siempre que se trate de personas «identificables, como individuos, dentro de la colectividad», tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en la referida sentencia. Eso quiere decir que, en principio, todas esas personas estarán legitimadas para accionar contra quien haya manifestado en público semejante acusación. Pero también quiere decir, puesto que esas personas se encuentran integradas en un colectivo con órganos de representación, que éstos se encuentran legitimados para accionar en representación de la persona jurídica y, consecuentemente, de todas las personas físicas o naturales que de alguna forma se encuentren integradas en ella. Cuando tales órganos no existan, como ocurre con los grupos no articulados jurídicamente, sólo podrán accionar sus miembros, las personas físicas. Tal es el caso de la reiterada sentencia del Tribunal Constitucional –como se argumenta en el segundo pasaje que he reproducido de la misma, en relación con la legitimación activa de la demandante y recurrente en amparo-, el caso de la comunidad judía afectada por los campos de concentración nazis. Pero cuando existe esa representación orgánica, no hay razón para imponer a las personas físicas o naturales integradas en una persona jurídica la carga de tener que pleitear individualmente. Semejante restricción es una forma de desconocer que las personas jurídicas son en algún grado una ficción encaminada a facilitar la actuación de colectivos de personas físicas o la gestión (por personas físicas) de patrimonios en el tráfico, a través de la constitución de las mismas en sujetos de relaciones jurídicas"; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (1996), *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, p. 110, "[e]n las lesiones al honor profesional la esfera personal y la esfera patrimonial van íntimamente ligadas en una persona jurídica, porque como regla general el ataque al prestigio profesional ocasiona un conjunto de daños patrimoniales (es decir, pérdidas de bienes materiales) que si hubiese estado ileso la reputación de la persona jurídica no se hubieran producido. Pero esto no significa en absoluto que deban confundirse ambas esferas. Una difamación a una persona jurídica afecta, de forma directa y principal, a su esfera personal (reputación, prestigio) y le causa una serie de daños morales (que proceden del ataque a un bien de naturaleza extrapatrimonial), independientemente de que además deriven, pero de modo secundario e indirecto, todo un conjunto de daños patrimoniales. Es posible de hecho hipótesis de difamación a personas colectivas en que estos daños materiales o bien no existan o no puedan probarse. Pero el prestigio de la persona jurídica habrá sido dañado de todas formas".

ya que recordemos que conforme a la normativa comprendida en los artículos 1964.2 y 1968.2º de nuestro Código Civil, el plazo de prescripción de la acción para reclamar el daño sufrido será de cinco años o de un año según nos encontremos ante un supuesto u otro de responsabilidad<sup>352</sup>.

La doctrina favorable a considerar los casos de daño moral por incumplimiento de contrato como supuestos de responsabilidad aquiliana sostiene que el artículo 1106 del Código Civil solamente hace referencia a daños de tipo patrimonial, siendo necesaria la aplicación analógica del artículo 1902 del Código Civil para poder aceptar la reparación de un daño no patrimonial producido por el incumplimiento de una responsabilidad contractual. Entre estos autores destaca la opinión de Díez-Picazo, quien sostiene que las molestias psicofísicas que una persona pueda soportar por un incumplimiento contractual no son indemnizables, salvo que la prestación contractual afectase a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> Aunque el plazo recogido en el artículo 1964 para las acciones que no tengan un plazo especial ha sido modificado de 5 a 15 años por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre la importancia de diferenciar entre un régimen u otro de responsabilidad podemos continuar citando a PEREZ ONTIVEROS BAQUERO, C. (2006), *Daño moral por incumplimiento de contrato*, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 68: “Es sabido que en el régimen de responsabilidad dimanante del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación contractual, el plazo general de prescripción es el de quince años, establecido en el artículo 1964 del CC, aunque es posible que el plazo sea menor en aplicación de determinados preceptos que disciplinan el régimen de la prescripción de forma diferente, sometiendo a plazos, en general más cortos; a diferencia, el plazo de prescripción en las acciones de responsabilidad extracontractual es el de un año, al amparo del artículo 1968.2 del CC”; NÚÑEZ MUÑOZ, C. (2000), “Responsabilidad contractual y extracontractual: problemas prácticos que presenta esta dualidad”, en DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D. (coordinadora), *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, p. 246, “para exigir la responsabilidad contractual, la acción prescribe a los quince años. La extracontractual, un año, desde que lo supo el agraviado (artículo 1968.2)” ; OSSORIO SERRANO, J. M. (2011), p. 33, “[e]n la práctica, resultará de vital importancia determinar en cada caso concreto qué tipo de responsabilidad civil es la que ha tenido lugar, a la vista del distinto régimen jurídico aplicable. Y si bien esa tarea será muy fácil las más de las veces, en otras muchas la cuestión se dificultará extraordinariamente por coincidir en el caso concreto aspectos propios y significativos de la una y de la otra. Y, reitero, la adscripción al régimen de responsabilidad civil que le sea aplicable es de suma importancia. Baste decir que según se trate de un caso u otro, el plazo de tiempo de prescripción para que pueda eficazmente interponer la correspondiente acción el perjudicado es muy diferente: quince años si se trata de un daño contractual (art. 1964 CC) y uno tan solo de tratarse de un daño extracontractual (art. 1968, 2.º CC)”.

<sup>353</sup> Díez-Picazo, L. (2000), *Derecho de daños*, Thomson Civitas, Navarra, p. 329: “Debemos entender que no hay, en línea de principio daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos contractuales salvo en aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor”; compartiendo esta misma opinión encontramos a ESPIAU ESPIAU, S. (2000), “Sentencia de 31 de mayo de 2000. Daño moral: concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño moral y responsabilidad por incumplimiento contractual”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 54, Editorial Civitas, p. 1286, “no significa, en cualquier caso, que la frustración que pueda derivar de un incumplimiento obligacional o contractual, de ser efectivamente constitutiva de un daño moral o no patrimonial, no deba ser indemnizable. Lo que ocurre es que no creo que lo sea al amparo del artículo 1107 CC, integrando la responsabilidad contractual que regula este precepto, sino que de serlo, el cauce

A diferencia de los anteriores autores, la doctrina favorable a considerar los casos de daño moral por incumplimiento de contrato como supuestos de responsabilidad contractual entiende que si el daño producido deriva de una relación que surge de la libre voluntad de los contratantes, no como en los supuestos de las obligaciones extracontractuales que manan de una norma, que nacen por imperativo legal, tales daños deben ser resueltos por lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil y, más concretamente, deben resolverse conforme al artículo 1106, ya que aunque este precepto no haga una referencia concreta al daño moral por incumplimiento contractual, nada impide que no puedan incluirse estos daños dentro del mismo, y por lo dispuesto en el artículo 1107, pues este último artículo tiene la función de fijar el límite en la determinación de que daños son o no indemnizables conforme al artículo 1106.

---

adecuado para reclamar su resarcimiento es -como apuntaba el profesor BADOSA COLL con relación a los "daños ocasionales"- el que proporciona el artículo 1902 CC: la responsabilidad por daño moral o no patrimonial es, como su propio nombre indica, una responsabilidad por causación de daños y no por incumplimiento obligatorio"; RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M. (2003), "Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)", *Anuario de derecho civil*, Tomo 56, Fascículo nº 2, 2003, p. 840, "alguna voz doctrinal ha señalado que el cauce más indicado para la indemnización del daño moral derivado de un incumplimiento contractual no es el artículo 1106 del Código Civil, sino el artículo 1902 del mismo cuerpo legal: Según esta opinión doctrinal no es una cuestión de apego excesivo al tenor literal de un precepto, sino que la admisión del resarcimiento de un daño no patrimonial dentro la responsabilidad contractual exigiría un replanteamiento del mismo concepto obligación regulado en el Código Civil. Esta línea de pensamiento permite evocar uno de los argumentos clásicos que se han esgrimido en contra de la reparación del daño moral contractual, argumento que se pregunta cómo compatibilizar la exigencia de una patrimonialidad en la prestación contractual con el carácter no económico que ha de representar por esencia el daño moral: si el objeto de la obligación es una prestación de naturaleza patrimonial, la inejecución de la prestación sólo puede producir daños patrimoniales y ello impide que haya daños morales derivados del incumplimiento contractual al quedar al margen de la relación jurídico-obligatoria los intereses y bienes morales ". Sin embargo, RODRÍGUEZ GUITIÁN no comparte esta opinión, expresando en la página siguiente a la que pertenece el párrafo citado que "[h]e dejado claro que efectivamente nuestro artículo 1106 del Código Civil no alude más que al daño material. Pero, teniendo en cuenta que la realidad social ha cambiado, que ya no existe una repugnancia a compensar el daño a bienes de inestimable valor, ¿cabe una interpretación actual del artículo que permita incluir el daño moral en su articulado? No sólo creo que quepa, sino que es necesaria, que la impone una correcta aplicación de la Constitución de 1978. A raíz del texto constitucional, hay una protección clara de la persona, una tutela que recae tanto en sus bienes e intereses económicos como en sí misma, de manera que todo el Derecho de Obligaciones debe sufrir ciertas modificaciones, ya que en la época del Liberalismo se atiende fundamentalmente a la protección del patrimonio. De ahí que se explique, por una parte, el espíritu economicista de que está revestido nuestro Derecho de Obligaciones, configurado por el legislador para regular las relaciones entre particulares que tuvieran una proyección económica y, por otra, que esta preocupación marcadamente patrimonial ha impregnado al menos desde la Codificación el Derecho Civil (de manera que nunca se ha protegido de la misma forma a la persona en cuanto tal que a su patrimonio, contradiciéndose con ello la finalidad esencial que posee esta rama del ordenamiento). Por tanto, del espíritu constitucional se desprende que cuando las reglas civiles mandan indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento del contrato, ha de entenderse en la actualidad comprendido tanto la reparación del daño causado a los bienes, al patrimonio, como a la persona misma, es decir, a sus ámbitos físico y psíquico".

Por lo tanto, según este sector doctrinal, podrá apreciarse el daño moral derivado de un incumplimiento contractual a través del artículo 1106 del CC aunque, según el carácter que revista la actuación del deudor, podrá ser exigible la previsibilidad previa a la constitución de la obligación de la existencia de estos daños (artículo 1107 CC). Es decir, en aquellos casos en los que el deudor hubiera actuado con buena fe, el daño moral, además de ser consecuencia necesaria del incumplimiento del deudor, tendría que haber sido previsto o que se hubiera podido prever al tiempo de constituirse la obligación. Sin embargo, en las situaciones en las que se demostrara la existencia de dolo del deudor éste respondería del daño moral ocasionado por el incumplimiento del contrato sin ser exigible el requisito de previsibilidad del daño. Conforme a lo indicado, CARRASCO PERERA mantiene que el artículo 1106 CC no prohíbe la indemnización del daño no patrimonial, pues sostener lo contrario no se correspondería con la realidad actual, aunque para este autor la clave para la estimación del daño moral por el incumplimiento del contrato no se encuentra en este artículo, sino en el texto del artículo 1107 CC<sup>354</sup>.

---

<sup>354</sup> CARRASCO PERERA, Á. (1989), "Comentario al art. 1106 CC", en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XV, Vol.1, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, Edersa, Madrid, p. 703, "[a]l margen de los reconocimientos legales explícitos, en nuestro Derecho no se puede deducir del artículo 1.106 una prohibición de indemnización del daño no patrimonial. En cualquier caso, la realidad actual desmentiría semejante interpretación restrictiva. En mi opinión, no es en el artículo 1.106 donde se debe localizar la cuestión, sino en el artículo 1.107, generalmente dejado fuera de consideración. En nuestro Derecho, y salvando las normas específicas ya citadas, la indemnizabilidad del daño moral está en función de que se satisfaga en el caso el test del artículo 1.107. No será indemnizable el daño no patrimonial que no es consecuencia inmediata del incumplimiento y, si el deudor no está en dolo, siempre que al deudor no le fuera exigible prever semejante daño"; CARRASCO PERERA, Á. (1989), "Comentario al art. 1107 CC", en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XV, Vol.1, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, Edersa, Madrid, pp. 747 y 748, "[p]ara que el daño no patrimonial pueda ser resarcido, deberá ser previsible. Esta es, creo, la restricción operativa en tema del mal llamado daño moral. Estimo que es previsible para el deudor un daño directo a un bien de la personalidad (salud, integridad, honor, etc.). También, cuando la prestación debida versa sobre la satisfacción de un interés de esparcimiento o de satisfacción no patrimonial del acreedor (*Gefühlinteresse*), como por ejemplo, el contrato para un viaje de recreo o unas vacaciones. Con la terminología tradicional, podrían ser considerados unos y otros como un daño *circa rem*. Pero deben considerarse imprevisibles para el deudor ciertos casos de daño moral admitidos por el Tribunal Supremo -véase comentario al artículo 1106- cuando el deudor no podía prever al contratar que se habían de producir en la persona del acreedor"; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993), "Comentario al art. 1106 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 50, "[e]l auténtico alcance y sentido circunstancial de la doctrina que mantiene que el solo incumplimiento contractual no genera el deber de indemnizar, no es otro que el de evitar un injusto provecho en el contratante al socaire del incumplimiento del otro que no haya producido real y efectivo perjuicio, en especial el de negar el resarcimiento de los perjuicios o ventajas dejadas de obtener con el incumplimiento, meramente contingente o de puras expectativas no contrastadas, o bien en los casos de petición conjunta del cumplimiento específico e indemnización, acceder sólo a lo primero negando lo segundo por entender que la satisfacción del acreedor contratante ya ha de considerarse realizada, sin aumentar el resarcimiento o restauración del derecho con repercusión económica de perjuicios no acreditados. La reiterada doctrina de que el solo incumplimiento contractual no es suficiente para sancionar el deber de indemnizar, no excluye la idea de que el incumplimiento no constituya "per se" un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la

parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el art. 1258 CC”; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993), “Comentario al art. 1107 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p.53, “[e]n com. Art. 1106, ap. II, hemos aludido a la interpretación conjunta que merecen dicho artículo y el presente 1107, en el sentido de que mientras el primero se refiere a la determinación de qué daños son los indemnizables, el 1107 responde a la pregunta de cuál es el límite causal de los daños objeto de indemnización”; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001), p. 164, “cuando el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una obligación estipulada (vgr., la del cirujano de intervenir con diligencia), o tiene su encaje en las obligaciones que, sin que nada se haya dicho expresamente en el contrato, forman también parte de él (así, no violar el secreto profesional), no debe haber necesidad de escapar de la órbita contractual para pasar a demandar por la vía aquiliana: el contrato obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado, pero también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (fórmulas de integración del artículo 1258 del Código Civil). Semejante daño moral sólo será extracontractual si no fuera posible situarlo en la esfera de los bienes que fueron tenidos en cuenta al celebrar el contrato o debieron serlo”; SANTOS BRIZ, J. (2006), “Comentario al art. 1107 del CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coordinador), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, arts. 1088 al 1314, 2ª edición, Bosch, Barcelona, p. 201, “[s]i bien el CC no contiene referencia normativa alguna respecto a los daños morales, salvo la genérica, y que no conviene marginar, del párrafo segundo del art. 1107 del CC, al imponer el resarcimiento de “todos”, es a la jurisprudencia a la que corresponde ir completando el vacío legal (en este sentido ha de partirse de la S. de 9 de diciembre de 1949)”; DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 793, “[n]o puede excluirse la indemnización de los daños morales por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual. Lo que debe determinarse es si tal daño era previsible para el deudor en los términos del art. 1107 y si la relación obligatoria le imponía, en relación con la prestación comprometida, especiales deberes de diligencia o de protección, tendentes a evitar aquel daño”; SÁNCHEZ ARISTI, R. (2009), “comentario al art. 1106 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, edición de 2009, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 1309: “Los daños morales presentan el doble inconveniente de ser imprecisos, tanto en su constatación como en su valoración, dado que por definición, al tratarse de daños a intereses extrapatrimoniales, no existirá un mercado de referencia que permita estimar el coste experimentado por el acreedor, pese a lo cual la jurisprudencia se ha mostrado proclive a apreciarlos, y no ya sólo en sede de daños extracontractuales, tendencia inaugurada por la lejana STS 6 diciembre 1912 y continuada por otras muchas (v. SSTs 25 junio 1984[RJ 1984, 1145], 15 febrero 1994 [RJ 1994, 1308], 1 octubre 1994 [RJ 1994, 7439], 29 diciembre 1998 [RJ 1998, 9980]), sino también en el ámbito de las relaciones contractuales”; LLAMAS POMBO, E. (2010), “Comentario al art. 1106 del CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 1219: “Aunque daño emergente y lucro cesante (las dos partidas que integran el perjuicio indemnizable según el art. 1106 CC) parecen tener una clara y exclusiva conexión con el patrimonio del acreedor, ello no es óbice para la admisión de otra categoría de daños que se caracterizan precisamente por carecer de esa relación con el patrimonio, tanto en su concepción objetiva (daño a determinados bienes jurídicos, especialmente, aunque no en exclusiva, los derechos de la personalidad) como en la subjetiva (daño a cualquier interés no patrimonial del acreedor)”; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011), “Comentario al art. 1106 del CC”, en ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 130, “[e]l CC, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los «daños previstos» y de los «daños previsibles» (artículo 1107.1º CC), el deudor en caso de

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentra en consonancia con el segundo grupo de autores mencionado, ya que actualmente acepta que el resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato sea valorado e investigado a través de la vía de la responsabilidad contractual.

A pesar de que el Alto Tribunal se decanta por considerar tales daños como daños de origen contractual, es posible encontrar resoluciones en las que se prescinde de otorgar una clasificación contractual a los mismos, o en las que el Tribunal concede la opción al lesionado de optar por una de las dos vías de responsabilidad para reclamar el daño moral padecido. Esta tendencia del Tribunal Supremo de no entrar a valorar la vía por la que ha sido reclamado el daño moral, hace pensar que antepone al formalismo procesal de elección de una vía u otra de responsabilidad el derecho de la víctima a requerir el resarcimiento del daño moral sufrido<sup>355</sup>.

---

dolo responde de los daños «que conocidamente se deriven del hecho generador» (artículo 1107.2º CC). Interpretando este precepto, la jurisprudencia (SSTS de 23 de febrero de 1973 [RJ 1973, 536], 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4249] y 23 de octubre de 1984 [RJ 1984, 4971]) ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad. Pero el artículo 1107 CC comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que éstos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 CC, es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento”; ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013), “Comentario al art. 1106 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director), *Comentarios al Código Civil*, tomo VI (arts. 1043 a 1264), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 8114, “la indemnización del daño moral no puede operar, sin más, en caso de incumplimiento contractual, y que la frustración, desazón, intranquilidad, alteración o tristeza por el incumplimiento no es por sí indemnizable. Sólo debe serlo cuando la afección tenga relevancia y resulte objetivamente imputable al deudor *ex art.* 1107 CC. Para esa imputación, y tratándose de deudor no doloso, se requiere en el primer párrafo de ese precepto que el daño, además de consecuencia necesaria del incumplimiento, resulte previsto o previsible al momento de constituir la obligación; lo que se identifica con el denominado *fin de protección del contrato*”.

<sup>355</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1993), “Comentario al art. 1106 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 45, “sobre la dualidad responsabilidad contractual-extracontractual, con sus aspectos sustantivos y procesales, en que se dice que es lícito a los actores apoyar su pretensión en el art. 1902, pues se trata de uno de los casos en los que el acreedor puede elegir entre la culpa contractual y extracontractual, tan difíciles de deslindar en aquellos casos en los que, principalmente en contratos de resultado, su cumplimiento depende de la pericia del deudor, en los que existen variados, frecuentes y graves riesgos, como ocurre en la navegación marítima y en el transporte en general. Se remite a la STS 19-VI-84, que declara que «no es bastante que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes, para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana (extracontractual), sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado», por lo que es posible la «conurrencia de ambas clases de responsabilidades en yuxtaposición», «sin otro límite que la indemnidad del patrimonio económico»; en



Además el Tribunal Supremo no reconduce el incumplimiento sólo a lo estrictamente pactado, sino que aplica el artículo 1258 del Código Civil, tomando en cuenta a la hora de evaluar el daño producido no sólo las obligaciones estrictamente pactadas, sino también las obligaciones accesorias, siempre y cuando éstas sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 474/1995, de 22 de mayo (FJ. 2º), establece: “Tanto daños morales como daños patrimoniales pueden provenir lo mismo de la culpa contractual como de la culpa extracontractual, sin que dentro de la dogmática jurídica, la posible apreciación de una y otra culpa, fuente de cada responsabilidad (sin que se omita que en ese cabal confín ha de incardinarse la culpa por deficiente o negligente asistencia sanitaria del caso de autos, por lo que tampoco en refuerzo de esa identidad de «ratio», ha de utilizarse como obstáculo diferenciador el singular módulo de modulación que, en sede de responsabilidad contractual, habilita el artículo 1103 «*in fine*» CC), pudiera provocar que la discrecionalidad entendedora de la Sala de instancia para apreciar el «*quantum*» indemnizatorio, varíe o experimente en un caso una reducción reglada, o en otro caso, una laxitud también reglada, ya que se reitera una vez más, el arbitrio de que gozan los Tribunales para apreciar ese «*quantum*» es análogo en ambos casos (sería ocioso reiterar que ese común tratamiento se refiere a las consecuencias de reparación económica tanto de los daños materiales como morales procedentes de culpa extracontractual o contractual, porque por esa discrecionalidad enjuiciadora de los Tribunales pueden cuantificar los mismos en términos análogos en una responsabilidad u otra), por cuanto lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales”<sup>356</sup>.

---

el mismo sentido, PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C. (2006), *Daño moral por incumplimiento de contrato*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 77 y 78: “Es frecuente encontrar en la jurisprudencia numerosas resoluciones en las que la defectuosa formulación por las partes de los Fundamentos de Derecho en los que apoyan sus pretensiones, no ha sido obstáculo a su admisión. Adoptando como punto de partida que un mismo hecho puede dimanar del incumplimiento de una obligación contractual y del deber general de no causar daño a otro, bien con apoyo en el principio de la culpa civil, en la yuxtaposición de acciones (contractual o extracontractual) o en la concesión al perjudicado de derecho de opción, nuestros Tribunales son proclives a admitir la indemnización, en los casos que proceda, reconduciendo jurídicamente sus pretensiones. La aplicación del principio “*iura novit curia*”, encuentra como límite exclusivamente la imposibilidad de modificar la “*causa petendi*”, concebida como el acaecimiento histórico o relación de los hechos que, al propio tiempo que delimitan e individualizan la demanda, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa”.

<sup>356</sup> En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo número 956/1998, de 16 de octubre, FJ. 4º: “Mientras que el objeto de la reclamación actora se situó en el marco de la responsabilidad extracontractual, aquella -en su fundamento jurídico noveno- estableció que la acción tenía naturaleza contractual. A la afirmación que se hace en la sentencia no es dable concederla una significación absoluta, pues, en realidad, lo que manifestó fue que la cita del artículo 1902 por la parte, no desvirtúa la relación subyacente que cabe calificar de contractual, y prueba de ello es que más adelante -en su fundamento decimocuarto- hace referencia a «una responsabilidad que surge de las propias deficiencias de la organización -en este caso la ausencia de información-». Es de tener en cuenta, asimismo, que en la demanda se menciona, junto al artículo 1902, el 1101 y alude a determinadas sentencias sobre la obligación contractual o extracontractual del médico y personal sanitario, e, igualmente, que la doctrina de la Sala admite la compatibilidad de las culpas contractual y extracontractual y la posibilidad de optar entre una u otra, que aparece recogida, en las Sentencias que se citan en el fundamento jurídico noveno de la recurrida y en la de fecha 22 mayo 1995 (RJ 1995\4089), la que establece que las responsabilidades contractual y

Parece innegable, pese a la doctrina en contra, que cuando un daño moral surge en el seno de una relación contractual, debe ser tratado dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, no siendo obstáculo para ello que en la redacción del artículo 1106 del Código Civil no se haga una mención expresa a los daños no patrimoniales, pues éste artículo no recoge ningún tipo de daño concreto. Es precisamente el sentido amplio de su redacción lo que permite reclamar el resarcimiento de cualquier daño padecido como consecuencia de una relación contractual.

Sin embargo, como ya adelantamos en apartados precedentes, hallamos una diferencia sustancial entre el razonamiento mayoritario de aquellos autores que defienden la inclusión del daño moral por incumplimiento contractual en el artículo 1106, siempre y cuando sea aplicado como límite a la estimación de estos daños el texto del artículo 1107<sup>357</sup>, y la jurisprudencia. Esta divergencia entre la doctrina y los tribunales se encuentra en la aplicación del artículo 1107, pues, como podremos observar en capítulos posteriores, las resoluciones de los tribunales se centran en investigar las circunstancias del caso concreto, en valorar que de la vulneración contractual pueda desprenderse el sufrimiento de daños no patrimoniales por el acreedor y que tales daños posean una entidad suficiente, en lugar de hacer un ejercicio de investigación relativo a si el daño moral sufrido hubiera sido previsto o se hubiera podido prever. Esta situación la explica FERNÁNDEZ GONZÁLEZ basándose en la dificultad que supone para la jurisprudencia determinar que de un incumplimiento de contrato pueda inferirse un daño moral<sup>358</sup>.

---

extracontractual producen el efecto común del deber indiscutible de reparar las consecuencias dañosas originadas”.

<sup>357</sup> Por todos, ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013), “Comentario al art. 1107 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director), *Comentarios al Código Civil*, tomo VI (arts. 1043 a 1264), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 8121, “[d]ar contenido a la previsibilidad a la vista del fin de protección del contrato, obviamente supone entender que un daño no sería previsible *ex art. 1107 CC* si no se considera dentro de tal fin (preservado por el contrato). El asunto radica entonces en determinar para cada caso esa circunstancia. En algunos supuestos poca duda hay al respecto. Así, por ejemplo, entrarían dentro del fin de protección del contrato: el valor del bien objeto de la prestación (si ese valor se tiene en cuenta a efectos de indemnización y no de prestación por equivalente) que no se entrega o se destruye por causas imputables al deudor; el mayor coste del negocio de sustitución (o el menor precio si la sustitución es una venta); los daños morales derivados de la lesión de la integridad física en un contrato de transporte de viajeros o de prestación de servicios médicos; los ingresos que probablemente se dejan de obtener en tales casos durante el periodo de baja; o el valor de los frutos que probablemente se hubieran obtenido del bien que no se recibe o del que el acreedor se ve privado con el incumplimiento. Pero hay daños patrimoniales (daños emergentes o lucros cesantes) y daños morales cuya imputación objetiva requiere una consideración más pausada sobre el fin de protección del contrato. Son los supuestos en los que el juicio de previsibilidad (del fin de protección de la norma) resulta especialmente útil”.

<sup>358</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. B. (2012), “Incumplimiento total”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coordinador), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Acero, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 208, “[n]o ha sido fácil para la jurisprudencia determinar cuando se puede interpretar que el incumplimiento total de un contrato, de por sí con un contenido patrimonial, pueda inferirse un daño moral. Existe el peligro de equiparar el padecimiento de una persona a la vulneración de su derecho a la integridad física y moral, de infringir su honor o libertad ideológica o dignidad en su sentido más amplio. Es conveniente poner ciertos límites a la apreciación de la

A nuestro parecer, la opción elegida por nuestros tribunales de valorar la existencia y el resarcimiento del daño moral contractual conforme a las características propias de cada caso concreto es la opción acertada, ya que una aplicación restrictiva del contenido del artículo 1107 podría suponer una eliminación tácita del daño moral por incumplimiento del contrato, a excepción de aquellos supuestos en los que fuera posible defender que del incumplimiento de la obligación resulta previsible que se origine un daño no patrimonial (pensemos en los incumplimientos de contrato de viaje y/o vacaciones en los que ha existido una predisposición en la admisión de la indemnización de daños extrapatrimoniales incluso en los tribunales del *common law* en los que, como hemos visto, continúa imperando la regla general de no indemnización del daño moral contractual<sup>359</sup>). Si a las dificultades de prueba inherentes a estos daños por su propia naturaleza (no facilitadas por la escasa regulación que del mismo se recoge en nuestro ordenamiento) además, hubiera que exigirle al acreedor la prueba de previsibilidad de estos daños o de la existencia de dolo por parte del deudor, nos encontraríamos ante un caso de *probatio diabolica*, por no decir que incluso en algunas situaciones el gasto que ocasionaría toda esta prueba al acreedor podría ser superior al resarcimiento que sobre estos daños pudiera lograr en vía judicial.

#### 4.5.1.2 Identificación del daño

##### 4.5.1.2.1 Problemas de prueba

La inmaterialidad del daño moral provoca que en la gran mayoría de los casos no sea posible utilizar pruebas de tipo objetivo para probar su existencia, aun así, debe señalarse que podrá acudirse a todos los medios de prueba admitidos en nuestra jurisdicción civil, que se encuentran enumerados en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a saber: el interrogatorio de las partes; documentos públicos; documentos privados; dictamen de peritos; reconocimiento judicial; interrogatorio de testigos; instrumentos de archivo y reproducción de palabras, sonidos, imágenes, datos, cifras, operaciones matemáticas y contables; así como cualquier otro medio no previsto en dicho artículo, adoptándose las medidas necesarias en cada caso.

---

responsabilidad, ya que ante un incumplimiento contractual es evidente que siempre puede haber un disgusto o una inquietud que suponga un revés en las expectativas. Es por eso que en las sentencias que se ha admitido el pago del daño moral se ha exigido que éste tuviera cierta entidad y gravedad”.

<sup>359</sup> Sobre la previsibilidad del sufrimiento de daños morales por vacaciones frustradas, GARCÍA RUBIO, M. P. (1999), *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje (en el contrato de viaje combinado)*, Montecorvo, Madrid, pp. 232 y 233, “[l]a limitación de la reparación al daño estrictamente previsible al tiempo de contratar es una nota propia de la responsabilidad surgida del incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato porque sólo en este caso la obligación reposa sobre la voluntad de los sujetos obligados por el vínculo obligatorio; precisamente esta voluntad ha sido determinada por las previsiones hechas por deudor y acreedor, singularmente por el primero que difícilmente puede querer obligarse más allá de lo que haya podido prever. Ahora bien, no cabe abrigar muchas dudas sobre la previsibilidad de eventuales daños por vacaciones frustradas en el momento de celebrar el contrato de viaje ya que precisamente aquella frustración es la antítesis de la finalidad más propia de la prestación contractual, concretada en el recreo, la relajación, la aventura, etc.”.

En cuanto a la evaluación de los medios de prueba expuestos, como es sabido, nuestra legislación otorga libertad a los jueces para que realicen una valoración de las pruebas obtenidas (a excepción de la prueba testifical, de la prueba de documento público y de documento privado, ya que la valoración de estos medios de prueba se encuentra regulada en los artículos 316, 319, 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)<sup>360</sup>.

A esta dificultad que suele acompañar generalmente a los medios disponibles para probar el daño moral, hay que sumar que la carga de la prueba recae sobre el sujeto que aguanta el daño<sup>361</sup> conforme a lo establecido en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando no exista una disposición legal expresa en contra (artículo 217.6 LEC) como, por ejemplo, en las situaciones de daño moral incluidas dentro del ámbito de actuación de la Ley Orgánica 1/1982 (ya que en su artículo 9.3 se contempla una presunción de existencia de daño moral cuando se den una serie de requisitos) y con excepción de aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en razones discriminatorias por razón del sexo (artículo 217.5 LEC, artículo 13 LO 3/2007 IMH).

Esta falta de objetividad no impide que los tribunales puedan valorar el daño moral conforme a los criterios que contempla nuestra legislación y a los que hemos hecho mención en párrafos anteriores<sup>362</sup>. Por lo tanto, el daño moral, al igual que cualquier otro

---

<sup>360</sup> Por todos, CORTÉS DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V. (2005), *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 219 y 220: “El instrumento de la valoración es siempre la máxima de la experiencia. Recordemos que las máximas de experiencia son juicios de contenido general, obtenidos por la experiencia de los hechos, desligados de los casos singulares de donde se extraen por la experiencia y que pretenden tener un valor general para los casos posteriores”.

<sup>361</sup> Sobre la carga de la prueba en la responsabilidad contractual, por todos, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (1996), *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Navarra, p. 47, “se explica ya perfectamente por qué en una pretensión de responsabilidad al acreedor no le sirve la sola prueba de la existencia de la obligación (como ocurriría en una pretensión de cumplimiento), sino que, además, es requisito necesario la prueba del incumplimiento o contravención del deudor. Y todo ello en virtud de lo establecido por artículo 1101 CC, norma sustantiva que ha calificado tal incumplimiento como hecho constitutivo, prueba de lo cual incumbe al acreedor como fundamento mismo de su pretensión. Se observa que es el incumplimiento (la obligación infringida) el punto neurálgico sobre el que se centra la prueba del acreedor que pretende ser resarcido por su deudor”.

<sup>362</sup> SANTOS BRIZ, J. (2006), “Comentario al art. 1106 del CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coordinador), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, arts. 1088 al 1314, 2ª edición, Bosch, Barcelona, p. 195, “[l]a prueba del daño moral presenta ciertas particularidades, sobre todo por la variedad de circunstancias con que este daño puede presentarse. La jurisprudencia unas veces indica que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21-10-1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 de febrero 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (s. 3-6-1991), en tanto que en otras se exige la constatación probatoria (S. 14-12-1993) o no se admite la indemnización por falta de prueba (S. 19-10-1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (SS. 23-7-1990, 29-1-1993, 9-12-1994 y 21 junio 1996), sobre todo en la traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes (SS. 29 enero 1993 y 9 dic. 1994). Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 6-10-1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte; pero, cuando depende de un juicio de valor consecuencias de

tipo de daño, puede ser probado por todos los medios de prueba admitidos en nuestro Derecho, correspondiendo la valoración e interpretación de los mismos al juez de primera instancia, pues así lo indica el artículo 285.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en todo caso a las Audiencias Provinciales si se hubieran aportado o si se hubieran propuesto nuevas pruebas (artículo 464.1 LEC)<sup>363</sup>.

No corresponde al Tribunal Supremo entrar en la valoración realizada por el tribunal de instancia de dichas pruebas, ya que así lo ha entendido en múltiples resoluciones el propio Tribunal, y porque la valoración de la prueba realizada por las instancias anteriores no puede incluirse dentro de los motivos del recurso de casación expuestos en la Ley de

---

la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «*in re ipsa loquitur*», o cuando se da una situación de notoriedad (SS. 12-2-1994, 11-3-2000), no es exigible una concreta actividad probatoria. Así el reconocimiento del daño moral exige un padecimiento psíquico (SS. 31 de mayo 2000, 22 mayo 1995, 19 octubre 1996 y 27 sep. 1999), y la última jurisprudencia se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. (SS. 6 y 23 julio 1990, 22 mayo 1995, 19 octubre 1996, 27 enero 1996 y 12 julio y 27 septiembre 1999 (S. 11 noviembre 2003)”; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011), “Comentario al art. 1106 del CC”, en ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 128, “la valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva por su propia naturaleza, pero los tribunales de justicia no quedan por ello limitados en la fijación de la cuantía adecuada que decidirá libremente el órgano jurisdiccional en función de las circunstancias concurrentes y de las personas afectadas”.

<sup>363</sup> De esta forma, ROVIRA SUERIO, M. E. (1999), p. 254, “[e]l recurso de casación ante el Tribunal Supremo, como se desprende de reiterada doctrina y jurisprudencia no es una tercera instancia, antes al contrario se trata de un recurso extraordinario, de lo que cabe colegir, en principio, la improcedencia del mismo cuando esté basado exclusivamente en la impugnación del *quantum* indemnizatorio. Por lo tanto, en términos generales, la valoración del daño y su traducción económica en una indemnización de daños y perjuicios corresponde a los Jueces y Tribunales de instancia”; ROCA TRÍAS, E., NAVARRO MICHEL, M. (2011), p. 200, “[e]n materia civil no existen criterios establecidos legalmente para determinar la valoración de los perjuicios sufridos por la víctima, sean estos materiales o morales. El Tribunal Supremo ha reconocido que el art. 1902 CC no contiene ninguna regla relativa a la valoración del daño, de manera que la fijación del «quantum» indemnizatorio constituye una facultad reservada a la soberanía del juzgador de instancia”; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2013), “El daño”, en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (coordinadora), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 334, “[e]l *quantum* de la indemnización es una cuestión reservada al juzgador de instancia, que la valorará atendiendo a las circunstancias del caso, gravedad de la lesión producida y beneficio producido en el causante de la lesión. «Es constante y reiterada la doctrina mantenida por esta Sala, siempre que se respeten los parámetros legales en orden al hecho, la de que: “el *quantum*” de la indemnización es una cuestión de hecho atribuible, por su naturaleza, al juzgador, pues el daño moral se valora atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, la determinación de cuyos factores ha de quedar al prudente arbitrio de los Tribunales de instancia, siendo exponente de la indicada doctrina, entre otras, las sentencias de 11 de abril y 1 de diciembre de 1987 y 19 de febrero, 22 de junio, 18 y 19 de julio de 1985, y en cuenta también que la indemnización se valorará atendiendo a los presupuestos de las circunstancias del caso, gravedad de la lesión efectivamente producida y beneficio que haya producido el causante de la lesión como consecuencia de la misma» [STS 23/02/89 (Tol 1732272)]”.

Enjuiciamiento Civil (artículo 477.2), salvo que se demuestre la comisión de un error de derecho en las valoraciones de las pruebas<sup>364</sup>.

El Tribunal Supremo considera que aunque el daño moral impida una exigencia judicial estricta respecto de su existencia, esto no debe ser obstáculo para que deba evitarse la injusticia social provocada y más aun cuando nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento contractual, ya que el contrato de por sí genera una serie de expectativas entre las partes que de ser frustradas pueden producir un daño extrapatrimonial. Esta interpretación la encontramos reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984, en donde se sostiene que el Derecho debe evitar la impunidad de conductas que produzcan daños y perjuicios con independencia de la naturaleza de los mismos, encontrándose facilitada la labor probatoria de los daños morales cuando acontece el incumplimiento de un contrato. Así, el Considerando quinto de esta Sentencia recoge el siguiente texto: “Hay que tener en cuenta que la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y por lo mismo exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible (el del mundo del ser al del deber ser), jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del *«alterum non laedere»* y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales; y sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.º, 1.º y 1258 del C. Civ.) y aunque una concepción economista y material de la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa para resarcir esa frustración, cierto es que hoy aparece superada (como se superó el rechazo de la indemnización de los daños morales a partir de la sentencia de 6 diciembre 1912), o en vías de superación, esa tesis restrictiva merced o gracias a la beneficiosa o compensadora entrada o «irrupción de la ética» (exposición de motivos del Título preliminar del C. Civ., de 1974) en el campo de las

---

<sup>364</sup> A modo de ejemplo, Sentencia 567/2004 de 18 de junio del Tribunal Supremo (FJ. 2º): “Esta Sala tiene declarado (Sentencias de 7 de mayo de 1991 , 29 de febrero de 1992 y 28 de junio de 1993, por citar algunas) que la cuestión relativa a la existencia o no de daños y perjuicios es de mero hecho y, por tanto, la apreciación de la misma corresponde al Tribunal de instancia y ha de ser mantenida en casación, sino se impugna por medio casacional adecuado para ello, que actualmente (una vez suprimido el llamado error de hecho en la apreciación de la prueba) solamente puede serlo por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba, mediante la invocación del pertinente precepto que, conteniendo una norma valorativa de la misma, se denuncie como infringido (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1997)”.

relaciones jurídicas, influjo que ha de ser mantenido e incluso reforzado a la vista de los principios supralegales consagrados en nuestra Constitución de 1978: art. 1.º, con su referencia al valor «justicia», y décimo, que consagra y obliga al «respeto del derecho de los demás»”<sup>365</sup>.

Estos criterios que aplica el Tribunal Supremo al valorar la existencia del daño moral, son criticados por algunos autores que consideran que tal posición puede ocasionar situaciones de inseguridad jurídica para las partes. Uno de los autores más importantes que secunda esta opinión es DíEZ-PICAZO, quien afirma que “[s]i no puede encontrarse daño, más difícil será encontrar un daño al que se pueda calificar como “moral”, que, por ahora, suponemos relacionado con los dolores psicofísicos y con la *pecunia doloris*”<sup>366</sup>.

Aunque la dificultad probatoria de los daños morales resulta evidente, la idea defendida por este sector doctrinal podría llevar a sostener de una forma generalizada que la valoración de pruebas en situaciones donde se reclame el resarcimiento de daños extrapatrimoniales puede producir indefensión a una de las partes. Entendemos que la práctica procesal exige que sea el órgano juzgador quien valore las pruebas existentes conforme a las circunstancias propias de cada caso concreto, sin que puedan ser aquellas situaciones en las que se reclame indemnizaciones por daños morales una excepción, pues

---

<sup>365</sup> En sentido similar, Sentencia del Tribunal Supremo 632/1997, de 11 de julio, FJ. 3º: “Ya decía la S. 29 noviembre 1985 que «la más reciente doctrina de esta Sala establece que si bien es cierto que el simple incumplimiento contractual de suyo no genera la obligación de indemnizar por cuanto ello implica el resarcimiento del daño o perjuicio y no obtener la ventaja que el cumplimiento del contrato no hubiera reportado (SS. 9 mayo y 27 junio 1984), por regla general, el incumplimiento, cuando así se declara, es generante per se de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral (S. 5 junio 1985)»”.

<sup>366</sup> DíEZ-PICAZO, L. (2008), *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Navarra, pp. 21 y 22; de la misma opinión, RUBIO GARRIDO, T. (2005), “Sentencia de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitoria y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universalidad de cosas o en globo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 67, p. 192, “[a]sí, aunque en puridad dogmática yo no veo inconveniente en que de un incumplimiento contractual pueda seguirse un daño moral resarcible (la pérdida de la «alegría de vivir» [desazón, disgustos, angustia] por una situación burocrática, judicial o fáctica embrollada, o la lesión, incluso en algún caso grave, a algún bien de la personalidad), pedirlo, en concreto, por una situación de instalación eléctrica y haber de gestionar una licencia municipal me parece excesivo. Todos hemos comprobado que son visicitudes que entran dentro de las incomodidades ordinarias de la vida moderna”; PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., (2006), p. 145: “La admisión generalizada de la indemnización de daño moral sobre la base del sólo incumplimiento “*in re ipsa loquitur*” puede, en algunos supuestos, resultar contraria al régimen de responsabilidad dimanante del incumplimiento del contrato. Además, podría propiciar la falta de seguridad jurídica, al aplicar soluciones diferentes en atención a supuestos en apariencia idénticos”; OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2010), “Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable”, *Indret*, 4/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 40, “[a]sí pues, el TS, ante la ausencia de daño patrimonial tangible, recurre al daño moral, esa especie de cajón de sastre o institución comodín, flexible y versátil hasta el infinito, en el que puede encajarse cualquier tipo de responsabilidad por daños en un principio injustificables y no cuantificables. No es este el momento óptimo para reflexionar pausadamente sobre el uso posiblemente indebido –por excesivo e impropio desde un punto de vista técnico– que desde hace tiempo realiza la jurisprudencia de la figura de daño moral”.

lo contrario podría suponer que la existencia de estos daños y perjuicios quedara sin respuesta.

#### **4.5.1.2.2 Problemas de valoración. Objeciones a la reparación pecuniaria de los daños morales**

La reparación pecuniaria del daño moral divide a la doctrina en dos grandes grupos, un grupo que considera adecuada la compensación de los daños extrapatrimoniales mediante el pago de dinero y otros autores que piensan que no es procedente llevar a cabo un resarcimiento del daño moral por esta vía. Esta división tiene su razón de ser en las dificultades para conseguir la homogeneidad del daño extrapatrimonial padecido con una compensación económica del mismo<sup>367</sup>.

Las posturas doctrinales contrarias a la reparación pecuniaria del daño moral parten de la idea de que el resarcimiento de todo daño debe implicar una relación de equivalencia entre el valor del bien dañado y la suma de dinero entregada en concepto de indemnización, equivalencia que es imposible de realizar en el campo de los daños no patrimoniales. Tal idea supone asignar una función punitiva a la indemnización del daño moral, consistente en entender que el objetivo pretendido con su indemnización no es la compensación de éste, sino el de realizar un castigo al autor del daño. Esta teoría será comentada con mayor profundidad en el capítulo sexto.

---

<sup>367</sup> A modo de ejemplo, MARTÍN-CASALS, M. (1990), "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, p. 1239, "[e]n los casos de daño patrimonial, si no es posible la indemnización en forma específica, se produce una indemnización por equivalente. La suma compensatoria llena el vacío patrimonial y coloca el patrimonio del dañado en la misma situación en que se encontraría si no se hubiera producido el daño. Por su carácter ultrafungible, el dinero actúa como sustituto del bien dañado. Proporciona a quien ha sufrido un daño un medio distinto con el cual, si quiere, podrá seguir los mismos fines que en la situación «ex ante». En los casos de daño moral, en cambio, la situación es distinta. Para que el dinero pueda indemnizar por equivalencia se requiere la existencia de unas entidades homogéneas entre las cuales pueda establecerse una valoración comparativa. En la indemnización del daño moral no existe esa homogeneidad. El dinero no puede llenar un vacío patrimonial, porque no se ha sufrido, ni tampoco puede reemplazar la pérdida producida, porque es irremplazable. Lo único que puede hacer en este caso es compensar en el segundo sentido apuntado: ofrecer unos bienes de diferentes características, que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcionen diferentes satisfacciones. Debe de servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente de la existente «ex ante», sea tan favorable como aquella"; Díez-Picazo, L. (2008), *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Navarra, P. 96, "[n]o cabe duda de que existe una notable diferencia entre la compensación general, llamando así a aquella que se establece en los tipos de daños de carácter general y la que en nuestro caso aparece. En la primera, los bienes dañados se sustituyen por otros bienes económicos: bienes desaparecidos por otros bienes idénticos o similares y bienes menoscabados por bienes íntegros o, en uno y otro caso, por sumas de dinero que tengan un valor equivalente. Esta compensación no es posible en el daño moral, porque las dificultades mismas que siempre ha encontrado definen esa indemnización. Se admite, sin embargo, que, en el daño moral, lo que puede hacerse es ofrecer al perjudicado unos bienes de diferentes características, que puedan proporcionar la satisfacción de deseos o de aspiraciones completamente distintos".



En cambio, los autores favorables a la indemnización pecuniaria de los daños morales basan fundamentalmente su afirmación en la idea de que aunque es cierto que no puede llevarse a cabo una identificación total entre el daño producido y la cantidad monetaria otorgada en concepto de indemnización, éste es el único medio posible para reparar el daño, ya que la reparación *in natura* de un daño moral es un supuesto imposible de lograr en la gran mayoría de los casos y aunque sea cierto que el dinero no traslada a la víctima del daño al mismo estado en el que se encontraba antes de sufrirlo, sí que existe la posibilidad de que el dinero otorgado en concepto de indemnización pueda proporcionar a la víctima la posibilidad de obtener otro tipo de goces, objetos, etc., que aportarán un alivio al daño sufrido<sup>368</sup>.

Parece innegable que el daño moral presenta una especial dificultad en su valoración y por tanto en su identificación con la indemnización que corresponda otorgar por el mismo. Sin embargo, también es cierto que pocos son los daños, con independencia de su clasificación, que pueden ser identificados en su totalidad con la indemnización concedida, a lo que debemos sumar que es preciso, a nuestro parecer, anteponer la obligación de resarcir a la víctima el daño padecido a la dificultad que dicho resarcimiento pueda implicar, por lo que el conflicto que puede suponer valorar económicamente el daño moral no ha de ser un obstáculo para obtener su reparación pecuniaria.

---

<sup>368</sup> Por todos, ILLESCAS RUS, V. (1999), "El daño moral estricto", en FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (director), *Valoración judicial de daños y perjuicios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 289 y 290, "[a]un cuando se ha sostenido la posibilidad de reparar *in natura* el bien o interés afectado en los casos de daño moral mediante una prestación positiva de hacer o dar cosa distinta del dinero, en nuestro criterio, estas actividades son de suyo inidóneas para restituir o sustituir con precisión aquellos. A lo sumo aprovechan a impedir la continuación del comportamiento ilícito, a hacer ostensible el carácter ilegítimo de la conducta o a conferir a un acto de signo contrario, favorable y beneficioso para el perjudicado, un alcance análogo al que tuvo el acto perjudicial"; BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2008), "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *Pretium doloris*", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N° 1, pp. 99 y 100, "[l]a indemnización patrimonial por daños extrapatrimoniales debe hacer posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales. Se debe buscar compensar el daño no patrimonial producido, porque si bien se ha causado una pérdida irreparable, se debe colocar a la víctima en una situación patrimonial mejorada, que posibilite, por lo tanto, mayores satisfacciones que de alguna manera compensen las sensaciones desagradables sufridas"; ALBADALEJO, M. (2011), p. 976, "[e]n nuestra doctrina y jurisprudencia, independientemente de los razonamientos por los que los distintos autores o sentencias llegan a ella, la conclusión de que el daño moral es indemnizable en dinero puede decirse aceptada en general. (A veces su justificación se ha hecho con mezcla más o menos confusa de la idea de que lo que se indemniza son las consecuencias patrimoniales que se siguen del mismo. Actualmente, sin embargo, ya se puede decir establecida claramente la tesis de la indemnizabilidad por el daño moral en sí. En tal sentido, la citada ley de protección al honor, la intimidad y la propia imagen)"; SÁNCHEZ ALCARAZ, E. (2011), "Comentario al art. 1101 del CC", en MARTORELL ZULUETA, P. (coordinadora), *Código Civil, jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1221, "[l]os daños morales en sí mismos carecen de valor económico, pero no por eso dejan de ser indemnizables, dado que actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, en este ámbito la indemnización al menos palía el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, permitiendo algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afección y ofensa que se implantó".

Debido a los impedimentos que plantea la reparación *in natura* de los daños morales, los tribunales se han apoyado en la expresión *pretium doloris* para poder entrar a valorar el daño moral de forma autónoma (con independencia de las lesiones patrimoniales que también deban ser indemnizadas) y, de esta manera, poder fijar indemnizaciones pecuniarias con el fin de paliar la dolencia de esta variedad de daño<sup>369</sup>.

Como hemos indicado anteriormente, la determinación del *quantum* de la indemnización corresponderá a los tribunales de instancia y en todo caso a las Audiencias Provinciales,

---

<sup>369</sup> A modo de ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2010, FJ. 2º: “El denominado daño moral, es un concepto que genéricamente recoge el "precio del dolor" (*pretium doloris*); esto es el dolor, el sufrimiento, la tristeza, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc., que puede afectar a las personas como consecuencia de un hecho, delictivo o no, en cuanto víctimas o sujetos pasivos de una actuación ilícita o contraria a derecho. Es en definitiva, un sufrimiento psíquico o espiritual que embarga al sujeto, no comprendiendo aspectos del daño material en cuanto se produce, exclusivamente, cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona”; Sentencia del Tribunal Supremo 1031/2002, de 31 de octubre, FJ. 5º: “Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del «*pretium doloris*»”, Sentencia comentada en: RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2003), “Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)”, *Anuario de derecho civil*, Tomo 56, Fascículo nº 2, 2003; GARCÍA MUÑOZ, O. (2003), “Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales. Comentario a la sts, 1ª, 31.10.2002”, *Indret*, 2/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)); sobre la identificación del daño moral con el *pretium doloris* podemos mencionar a los siguientes autores: SANTOS BRIZ, J. (2006), “Comentario al art. 1106 del CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coordinador), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, arts. 1088 al 1314, 2ª edición, Bosch, Barcelona, p. 194, “[a]unque los derechos de la personalidad no se acomodan a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede cumplir aquí su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*“pretium doloris”*), pudiendo gracias al dinero, según su gusto y temperamento, procurarse sensaciones agradables que vengan a contrapesar las dolorosas o desagradables, siendo de evidente justicia la condena en dinero, sin que pueda admitirse la tesis de que si se condena a indemnizar perjuicios materiales no se pueden estimar al mismo tiempo los de índole moral con sustantividad independiente, porque no haya precepto legal ni doctrina jurídica que lo autorice, y sin que pueda ser suficiente causa de negación de la indemnización su falta de determinación pecuniaria, habiendo de valorarse por el juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto”; PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., (2006), p. 112: “Etimológicamente la expresión «*pretium doloris*» se identifica con el precio del dolor, que, a juicio de nuestros autores, se desdobra en dos especies diferentes: de un lado el puro dolor físico que experimenta la víctima como consecuencia de la afección corporal, y de otro, el perjuicio moral propiamente dicho que afecta a la esfera psíquica de sus sentimientos a consecuencia de la lesión al bien jurídico identificado con la salud a la que se ha visto afectada, esto es, la pena, el sufrimiento, que de esta manera deberán distinguirse del dolor físico propiamente dicho”; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2010), “Concepto y límites del daño moral: el retorno al *Pretium doloris*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 720, agosto, p. 1580: “Aún cuando en algunas hipótesis la lesión de ciertos intereses patrimoniales pueda producir sufrimientos de especial intensidad y entidad, la esencia y el epicentro del daño moral —sigue siendo— como lo era en sus orígenes, el *pretium doloris*, la lesión o quebranto del patrimonio moral o espiritual de la persona”.

por cuanto son estos órganos jurisdiccionales, salvo contadas excepciones, los encargados de valorar las pruebas referentes a la existencia de daño moral, y como consecuencia directa de la valoración de prueba también son los encargados de fijar la indemnización derivada de tales daños. Dicho de otra forma, la cuantía de la indemnización percibida por la víctima del daño no podrá ser materia de casación, a no ser que se demuestre la existencia de error de derecho por parte de los órganos jurisdiccionales de las instancias anteriores en la valoración de las pruebas que les hayan conducido a fijar dicha indemnización<sup>370</sup>.

Finalmente, podemos entender que aunque el resarcimiento en forma específica de los daños no patrimoniales sería hipotéticamente posible<sup>371</sup>, en la inmensa mayoría de los casos conseguir una reparación en forma específica del daño moral padecido es poco probable, por lo que se hace necesario optar por un resarcimiento pecuniario del mismo, ya que la dificultad de resarcir en forma específica el daño extrapatrimonial no debe ser obstáculo para su indemnización, puesto que el principio de reparación íntegra del daño debe primar sobre el obstáculo de la dificultad en la valoración del daño y, sobre todo, respecto de cualquier impedimento de índole procedimental.

#### **4.5.1.2.3 Dificultad en la valoración del daño moral mediante un sistema de baremos**

El hecho de que, como hemos visto, sean los órganos jurisdiccionales (y dentro de éstos los tribunales de instancia) los encargados de fijar el *quantum* de las indemnizaciones por

---

<sup>370</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1987 (FJ. 5º, punto 2): “El último de los motivos del recurso, bajo el mismo ordinal que los anteriores, está abocado a su desestimación en cuanto, amparándose en el artículo 9,3, de la Ley ataca el *quantum* de la indemnización, dándose por reproducidos los que al inicio de esta resolución se sentaron como fundamentos en trance de casación y con el fin de que la revisión no suponga una tercera instancia, como en definitiva se pretende”; Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1988 (FJ. 1º): “«La problemática del presente recurso (apelación) queda reducida a la determinación del «*quantum*» indemnizatorio y al tema de la imposición de costas de aquella instancia (primera instancia)» tal y como ha sostenido en su informe el Letrado de la parte apelante (hoy recurrente), por lo que, excluyendo cuanto a costas se refiere, el tema de este recurso de casación queda centrado en cuanto a la cantidad fijada como indemnización por los daños, que hay que entender, morales, pues a ellos se refiere el artículo 9 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en este orden es de señalar que conforme preceptúa el apartado 3 del precitado artículo «el daño moral se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma»; ahora bien, la valoración esto es la determinación en pesetas de cada una o en su conjunta apreciación de dichas circunstancias o factores, ha de quedar al prudente y buen criterio de los Tribunales de instancia, puesto que entra dentro de sus facultades discrecionales, y por tanto no susceptible de ser impugnada en casación”.

<sup>371</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (2002), *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones, volumen II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, p. 492, “[f]uera de la esfera patrimonial, el resarcimiento en forma específica puede consistir en actos como la publicación de una rectificación o desmentido en los medios de comunicación social, la retirada de la circulación del impreso injurioso o denigrante (S. 4 junio 1962: impresos que desacreditan el producto fabricado por los competidores), etc.”.

daños, puede implicar que nos encontremos con diferencias considerables en la cuantía de indemnizaciones otorgadas en casos análogos. El legislador ante el problema planteado, centrándose en los daños personales, ha encontrado como solución la creación de un baremo específico para indemnizaciones por accidentes de automóviles, que en un principio se encontró recogido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y que actualmente se halla en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor<sup>372</sup>.

Y de cuya constitucionalidad hoy por hoy, gracias al Tribunal Constitucional, no existe duda. Al respecto, MEDINA CRESPO considera que “ha quedado radicalmente censurado el radical criterio de “supersensibilidad” constitucional de que han venido haciendo gala en estos años muchos Juzgados y Tribunales, con el radical desconocimiento del carácter vinculante del sistema legal, como instrumento normativo para la cuantificación de toda responsabilidad civil automovilística por daños corporales, sin posibilidad de hacer distinguos en cuanto a la cobertura del seguro obligatorio; y sin que pueda predicarse la aplicación del sistema en exclusiva de aquellos supuestos en los que la responsabilidad se impute exclusivamente en virtud del riesgo, sin mediación de culpa alguna, aunque esta última afirmación, a la luz del fallo de la sentencia, requiere alguna, pero muy pequeña, matización”<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2000), pp. 132 y 133, “[l]a reforma de 1995 parece haber obedecido a un designio de protección de las compañías aseguradoras, ante la gran cantidad de daños indemnizables en este campo y, sobre todo, a la aleatoriedad de los criterios judiciales de fijación de indemnización, dado que se trata de materia sin unificación por vía jurisprudencial por falta de acceso de muchos de estos asuntos a los recursos de casación”; PINTOS AGER, J. (2000), “Baremos”, *Indret* 1/00 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 13, “[l]as causas que llevaron al Gobierno a poner en marcha dicho proceso de baremación, y por último al Congreso de los Diputados a darle rango legal no se encuentran en la Ley que lo hizo imperativo, sino en la citada Orden Ministerial de 1991. El baremo, a la sazón orientativo, se presentaba en la Exposición de Motivos de aquélla como el remedio que demandaba la «lotería indemnizatoria» que supuestamente se había instalado en nuestro sistema, y que estaba dando lugar a problemas de excesiva incertidumbre, litigiosidad y comprometiendo la solvencia de las compañías aseguradoras”; LACRUZ BERDEJO, J. L. (2002), p. 490, “[l]a cuantificación del daño será siempre discutible y objeto, en definitiva, de valoración judicial. Un instrumento tendente a reducir la inseguridad y propiciar la igualdad de trato de supuestos similares es la utilización de tablas o baremos de indemnización (no nuevas en cuanto a indemnizaciones en la Seguridad Social). Su conocimiento y habitual aplicación tiene también la deseable consecuencia de aumentar el número de las transacciones, evitando gastos, reduciendo los litigios y acelerando el cobro de las indemnizaciones”; MAGRO SERVET, V. (2011), “Aplicación orientativa del baremo de tráfico a supuestos de lesiones distintos al derecho de la circulación”, *Diario La Ley*, Nº 7574, sección tribuna, 22 feb. 2011 (<http://www.laley.es>), p. 3, “[a]punta y reconoce el TC que se había producido una situación de verdadera disparidad de criterios judiciales en orden a la determinación de las cuantías indemnizatorias, no corregida por el sistema procesal de recursos. Esta carencia de un mínimo necesario de uniformidad de criterios en un sector social especialmente sensible para la ciudadanía, era causa de inseguridad jurídica y de permanentes agravios comparativos. El problema se intentó solucionar mediante la aprobación de un sistema tabular de cuantificación de los daños personales meramente orientativo que, sin embargo, no consiguió el efecto perseguido, lo que motivó que, finalmente, el legislador optase por imponerlo de modo vinculante”.

<sup>373</sup> MEDINA CRESPO, M. (2000), *La bendición constitucional del baremo. Razones y consecuencias. Estudio de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de los daños*

La constitucionalidad del baremo de accidentes de automóviles es declarada en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 105/2004, de 28 de junio (FJ. 3º), donde se indica que “[p]ara abordar el supuesto aquí planteado se impone recordar, antes de nada, que entre la interposición de la demanda de amparo presentada y el momento en el que este Tribunal acordó conocer de la misma se dictó la STC 181/2000, de 29 de junio, por la cual se resolvieron una decena de cuestiones de inconstitucionalidad que fueron acumuladas con el evidente objeto de dar una respuesta lo más amplia posible a los numerosos asuntos planteados como constitucionalmente problemáticos en razón de la nueva regulación de la responsabilidad civil por circulación de vehículos a motor que supuso la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. En dicho pronunciamiento quedaron ya plenamente contestadas algunas de las quejas que ha generado el presente recurso, de modo que respecto de ellas basta recordar lo entonces dicho. Así sucede en relación con la alegada vulneración del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), que se entiende menoscabado por los artículos de la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor que limitan la indemnización por responsabilidad civil, es decir, literalmente, porque «no se repara la totalidad del daño causado»”.

En cuanto al ámbito de aplicación del baremo recogido en el Real Decreto 8/2004, el Tribunal Supremo lo considera de obligado uso en la fijación de las indemnizaciones correspondientes a lesiones por accidentes de tráfico, no así para el resto de tipos de lesiones<sup>374</sup> pero, como mantienen ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, “[e]stos criterios para

---

*corporales causados en accidentes de circulación*, Dykinson, Madrid, p. 27; en la misma línea, MARTÍN CASALS, M. (2000), “Una lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo”, *Revista Jurídica Española la Ley*, Nº 6 año 2000, editorial La Ley, p. 1853, “como señala el Alto Tribunal, «de la mayor o menor densidad de contenidos normativos que, en lo que atañe a la valoración y cuantificación de los daños personales presenta el régimen legal introducido por la Ley 30/1995, no se deriva restricción alguna de las facultades pertenecientes a jueces y Tribunales para el ejercicio exclusivo “de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” (artículo 117.3 de la Constitución Española), por lo que no cabe apreciar infracción de este precepto constitucional». Los jueces, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, deberán verificar la realidad del hecho dañoso, la conducta de las partes y su incidencia en relación con los daños producidos, concretar los diversos índices y reglas para el cálculo de indemnizaciones, etc., pero en éste, como en todos los demás casos, deberán aplicar la Ley. O, como indica el Tribunal Constitucional, «... en definitiva, emitir los oportunos pronunciamientos resolviendo, conforme a la ley, la controversia existente entre las partes, cuidándose, en su caso, de la ejecución del fallo»”.

<sup>374</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 174/2006 de 2 de marzo (FJ. 3º): “La recurrente postula la aplicación de los baremos de valoración del daño corporal de la disposición adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pero esta Sala ya ha dicho que tales baremos han sido configurados para un específico sector de la responsabilidad civil dotado de peculiaridades tan propias como ajenas al caso enjuiciado, después de las reticencias que las Sentencias de 26 de marzo de 1997 y 24 de mayo de 1997 mostraran en cuanto a la posible aplicación de los baremos en otros ámbitos de responsabilidad civil distintos de los accidentes de circulación, y de que la Sentencia de 26 de febrero de 1998 rechazara la vinculación a los límites máximos establecidos por el RDL 9/93 y la de 6 de noviembre de 2002 rehusara la aplicabilidad de la OM de 5 de marzo de 1991, antecesora del vigente sistema, a efectos de limitar las indemnizaciones por fallecimiento de un trabajador, en tanto que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, 181/2000 declaró el carácter vinculante del sistema, pero única y exclusivamente en el ámbito propio de la

valorar los daños a las personas causados en accidentes de circulación han ampliado su ámbito de aplicación y en la práctica se utilizan a título orientativo en valoraciones de daños no ocasionados con ocasión de la circulación de vehículos a motor”<sup>375</sup>.

Centrándonos en el tema que aquí nos ocupa, el daño moral, debemos indicar que el Real Decreto 8/2004, tras la reforma practicada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, contempla que en el principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales, requiriendo el principio de vertebración que se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales<sup>376</sup>. Además, la cuantía de la indemnización

---

circulación de vehículos de motor. Doctrina, pues, que rehúsa la aplicación del baremo fuera de los casos de circulación de vehículos de motor, como revelan las posteriores sentencias, como la de 22 de julio de 2004 y que, en consecuencia, impiden que quepa aceptar el motivo en cuanto postula la aplicación en este supuesto de los baremos indicados”; Sentencia del Tribunal Supremo 2011/2000 de 20 de diciembre (FJ. 2º): “Procede estimar el motivo y afirmar que los Tribunales de justicia están obligados a someterse al sistema o baremo de valoración de daños de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”.

<sup>375</sup> ROCA TRÍAS, E., NAVARRO MICHEL, M. (2011), p. 314; PINTOS AGER, J. (2003), “Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad”, *Indret* 2/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 10, “[n]o parece haber ninguna razón que impida aplicar a los daños causados en cualquier accidente los logros alcanzados en el ámbito de la circulación, de modo que una vez superados los errores de nuestro actual baremo, será una buena herramienta para la valoración, en general, del daño moral”; RAMOS GONZÁLEZ, S., LUNA YERGA, Á. (2004), “Los baremos como paradigma de valoración de daños personales. Comentario a la STS, 1ª, 20.6.2003. Ponente: Francisco Marín Castán”, *Indret* 01/2004 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 6 y 7, “[l]a prohibición de aplicar analógicamente los baremos para accidentes de circulación, tal y como lo defiende el Tribunal Supremo en el caso que comentamos, sólo tiene sentido cuando la valoración objetiva de los daños pueda obtenerse de las pruebas practicadas en juicio, lo que sólo puede alcanzarse cuando se trate de cuantificar daños patrimoniales. Nada debería impedir que Jueces y Magistrados recurran analógicamente a los baremos de la LRCS para valorar los daños que dan lugar a cualesquiera pretensiones de responsabilidad civil, pues tal posibilidad queda amparada en la facultad del juzgador de fijar la cuantía indemnizatoria. Asimismo, es más que discutible la eficacia práctica de una prohibición en este sentido, pues los Jueces y Magistrados que quieran seguir aplicando analógicamente baremos sólo tienen que preocuparse de no mencionarlos”.

<sup>376</sup> MARTÍN-CASALS, M. (2014), “Sobre la propuesta del nuevo “sistema de valoración de los daños y los perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación”: exposición general y crítica”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 50, p. 45, “[d]e una lectura atenta se desprende que este último precepto se refiere a dos tipos de perjuicios distintos, a saber, los patrimoniales y los extrapatrimoniales, y tiene por objeto indicar que la misión que cumple este criterio en el ámbito de los perjuicios patrimoniales también se debe cumplir –aunque de un modo necesariamente distinto, por su particular naturaleza– en el caso de los extrapatrimoniales. Respecto a los perjuicios patrimoniales no se define cómo puede asegurarse esa “total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos” que el art. 11-2, 2 proclama, porque aunque puede ser abordada desde diversas perspectivas (teoría de la diferencia, del daño concreto, teoría de los llamados “daños normativos” [*normativer Schäden*]) es de sobra conocido qué quiere decir dejar a la víctima indemne, es decir, como si no se hubiera producido el daño. Respecto a los daños extrapatrimoniales, no solo no existe un mercado que pueda servir de punto de referencia para valorar si la suma otorgada se corresponde o no con el perjuicio sufrido, sino que ninguna suma de dinero permite a la víctima volver a colocarse en esa hipotética posición de indiferencia ante el daño sufrido”; RAMOS GONZÁLEZ, S. (2015), “Pautas de valoración del daño moral

por daños morales será igual para todas las víctimas, teniéndose en cuenta para ello las circunstancias económicas, familiares y personales. Como elementos correctores para todas las indemnizaciones se recoge la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias.

Aunque se añade como novedad significativa la autonomía de la indemnización del daño moral con respecto al patrimonial, el Real Decreto continúa desarrollando toda una serie de supuestos de indemnizaciones complementarias por daño moral: daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial; daños morales complementarios por perjuicio estético; perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas que impiden o limitan la autonomía personal; perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados<sup>377</sup>.

---

(Sistema legal de valoración de daños personales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida)", en GÓMEZ POMAR, F., MARÍN GARCÍA, I. (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, p. 132, "[l]os cambios más significativos se concretan en una doble distinción, la que media entre el daño corporal y los perjuicios que aquel genera, por un lado, y la que media entre perjuicios personales o extrapatrimoniales y patrimoniales, cuya cuantificación se lleva a cabo de manera estrictamente separada. El Proyecto de reforma no ha prescindido de la valoración de los daños patrimoniales, pero a diferencia del actual sistema, los valora de manera separada a los daños personales y distingue para los tres tipos de daño corporal entre el daño emergente sufrido por la víctima y el lucro cesante, el cual se calculará mediante un modelo de base actuarial que multiplica los ingresos netos del fallecido o de la víctima o, en el caso de menores de edad no laboral y de víctimas con dedicación a las tareas del hogar, un porcentaje del salario mínimo interprofesional, por un coeficiente que incorpora varios elementos relevantes para el cálculo. En cuanto al funcionamiento de las tablas, el proyecto introduce cambios para individualizar en mayor medida el perjuicio en cada caso particular; por ejemplo, el daño moral de los familiares o allegados de la víctima fallecida se cuantifica de manera individual y no por razón de pertenencia a una unidad familiar concreta, y el baremo económico (la actual tabla III), que otorga un determinado valor a las distintas secuelas en función del número de puntos –que previamente se han asignado conforme al baremo médico- y a la edad de la víctima, se articula de punto en punto y de año en año"; AGÜERO RAMÓN-LLIN, E. (2015), *Las indemnizaciones de las víctimas de accidentes de tráfico. El nuevo sistema de valoración de los daños y perjuicios personales. Ley 35/2015 de 22 de septiembre (BOE 23 de septiembre de 2015)*, Tirant lo Blanch, Valencia ([www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)), pp. 18 y 19, "[t]odo el sistema de valoración se desarrolla en torno a dos principios fundamentales: la reparación íntegra y vertebrada del daño, principios que se toman como referencia irrenunciable para articular las reglas y criterios que permiten objetivar la valoración del daño en cada caso. El artículo 33 define ambos principios, estableciendo que el principio de reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos, puntualizando que "Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias". Por este motivo, dispone el artículo 33 que el principio de la reparación íntegra rige no sólo para las consecuencias patrimoniales del daño corporal, sino también para las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad".

<sup>377</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2015), "Inminente y esperada modificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13/2015, p. 180, "[s]i la actual Tabla IV contiene los llamados "Daños morales complementarios" para los que se exige una puntuación de 75 puntos en una secuela y 90 en secuelas concurrentes, la Propuesta rebaja la puntuación para obtenerlos y distingue de forma novedosa: "daños complementarios por perjuicio psicofísico" y "daños morales complementarios por perjuicio estético". En

Lo primero que podemos observar es que tras la reforma de 2015 parece haberse superado la supeditación del reconocimiento del daño moral a la comisión previa de daños corporales que presentaba el Real Decreto 8/2004<sup>378</sup> y que fue objeto de críticas por diferentes autores, resaltando entre ellas la de MARTÍN-CASALS<sup>379</sup>.

---

los primeros que se corresponden con los actuales basta 60 puntos por secuela y 80 por secuela concurrente. En cuanto a la novedad de los daños morales complementarios correspondientes a perjuicios estéticos se requiere que la puntuación sea a partir de 36 puntos. Además, se prevé expresamente que la intensidad del perjuicio, la edad del lesionado y, en su caso, los dolores extraordinarios y las secuelas que no hayan sido valoradas por haberse alcanzado la puntuación de 100, son las pautas a tener en cuenta para fijar la indemnización”.

<sup>378</sup> Confirmando la falta de reconocimiento autónomo anterior a la reforma de 2015 encontramos a: MEDINA CRESPO, M. (2003), *Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo. El rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa*, Dykinson, Madrid, pp. 47 y 48, “[a]justado el sistema a la teoría normativa del doble trípode de circunstancias de índole dañosa, debe de señalarse, además, como tercera idea fundamental, que para fijar las valoraciones, se parte del daño corporal emergente, es decir, del perjuicio fisiológico (*pretium salutis*) que, en el caso de la muerte, es un perjuicio coexistencial (*pretium mortis*), ambos de carácter objetivo, y que, a continuación, se valoran las estrictas consecuencias personales (perjuicios morales), de acuerdo con criterios marcados para la igualdad de trato, para, después, valorar las consecuencias de índole patrimonial. Se establece así una jerarquía con la que los perjuicios se valoran por su orden, es decir, valorando los personales en primer lugar y los patrimoniales después, porque, ante todo, como consecuencia necesaria, el daño corporal se traduce en una perjudicialidad moral a la que, en su caso, se añade –de forma contingente– la perjudicialidad patrimonial”; LUNA YERGA, Á., RAMOS GONZÁLEZ, S., MARÍN GARCÍA, I. (2006), “Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida”, *Indret* 3/2006 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 5, “[s]in duda, es preferible la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial, pues, en último término, en los casos de fallecimiento de la víctima el daño indemnizable principal es el daño moral de los familiares y, parecidamente, cuando de lo que se trata es de indemnizar daños corporales, el precio de la secuela es igual al valor del daño moral que sufre la víctima (STS, 1ª, 10.2.2006 –Ar. 674–, FD. 2º). Esta equiparación entre daño corporal y moral no es ajena a la doctrina del Tribunal Constitucional: “[e]s cierto que el instituto de la responsabilidad civil requiere, de modo inexcusable, que se fije para aquellos bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral) un valor patrimonial (*pecunia doloris*)” (STC, Pleno, 181/2000, de 29 de junio, FJ. 8º)”; SÁNCHEZ ALCARAZ, E. (2011), “Comentario al art. 1106 del CC”, en MARTORELL ZULUETA, P. (coordinadora), *Código Civil, jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1245, “[e]n el sistema de valoración del daño que figura en el anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, aplicado analógicamente a daños personales distintos de los ocasionados en accidente de tráfico, el daño moral es un perjuicio resarcible sólo en la medida que va unido a un concepto indemnizable como la incapacidad temporal, siempre que esté acreditada”.

<sup>379</sup> En contra de la falta de carácter autónomo del daño moral en el baremo de accidentes de automóviles antes de la reforma de 2015, MARTÍN-CASALS, M. (2012), “Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”). Líneas generales de los trabajos de la Comisión de expertos”, *Indret* 4/2012 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 6 y 7, “[l]o primero que salta a la vista es el adocenamiento que se produce entre perjuicios personales y patrimoniales e incluso la confusión que la literalidad de las tablas genera respecto a qué tipo de perjuicio compensa cada tabla. Así, las Tablas I y III indican en sus respectivas rúbricas que se refieren a indemnizaciones básicas, respectivamente, por muerte y por lesiones permanentes, “incluidos daños morales”, de donde parece desprenderse que las indemnizaciones básicas compensan en parte daños morales y en parte también daños patrimoniales. El Punto Segundo del Anexo (Explicación del Sistema), refuerza esa idea al indicar, entre otros aspectos que la Tabla I “comprende la cuantificación de los daños morales” y de lo que llama “daños patrimoniales básicos” [sic]. De nuevo las



Parte de la doctrina debido al “rodaje” que en nuestro ordenamiento y en los tribunales posee el baremo desde hace años, sostiene que el sistema de baremos es una buena opción ante el efecto de la variabilidad de las indemnizaciones que la normativa española provoca debido a lo genérico de su redacción en materia de daños y, especialmente, en supuestos de gran variabilidad como es el daño moral. Estos autores, lejos de haber apreciado como un impedimento la desposesión del carácter autónomo del daño moral que presentaba el baremo antes de 2015, ya entendían que era una buena solución ante la dificultad que para su valoración presentan los daños extrapatrimoniales por su propia naturaleza<sup>380</sup>.

---

Tablas referidas a los “factores de corrección” (II, IV y VB) introducen un factor de corrección por “perjuicios económicos”, en porcentajes en función de una determinada horquilla de ingresos de la víctima, indicándose además en la Regla 6 Primero del Anexo la indemnización de toda una serie de gastos vinculados a la muerte o a las lesiones. No obstante, la doctrina ha indicado que, al establecerse en las Tablas relativas a la indemnizaciones básicas cantidades fijas y no máximas, de admitirse que incluyen perjuicios patrimoniales el sistema actual carecería de elementos con los que cuantificar la indemnización en aquellos supuestos en que los perjudicados no sufren daño patrimonial alguno (p. ej. indemnización que corresponde a los padres por la muerte de un hijo de menor edad), de donde debería deducirse que las indemnizaciones básicas cubren únicamente el perjuicio personal y que corresponde al factor de corrección de perjuicios económicos incluido en las Tablas correspondientes la función de indemnizar los perjuicios de esta naturaleza. El sistema que propugna la CEX parte de substituir el sistema actual, en ocasiones llamado por la doctrina de “doble trípode” (tablas de indemnizaciones básicas y de factores correctores, para cada uno de los tres supuestos) por un sistema de “triple trípode” es decir, que respete escrupulosamente el principio de vertebración del daño y separe claramente las consecuencias estrictamente personales, referidas al daño moral, y las consecuencias patrimoniales, y que recoja estas últimas en unas Tablas específica de “daños patrimoniales” (Tablas C) o más bien, como se indicará, en un sistema de tablas de daños patrimoniales”; BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2007), pp. 485 y 486: “Para algunos, es meritorio que la cuantía de la indemnización para los daños morales sea igual para todas las víctimas, pero esto es incorrecto y falso en la práctica. Incorrecto, porque el daño moral no tiene por qué ser necesariamente igual para todos los que lo sufren en situaciones similares y falso porque desde el momento en que los factores de corrección por perjuicios económicos (Tabla II) se aplican automáticamente (al menos no consta en ninguna parte que haya de ser de otra manera) para el cálculo de la indemnización, sin que se hayan excluido los supuestos en que los únicos daños indemnizables sean de naturaleza moral. La doctrina ha estimado también que a partir de la nueva reglamentación se siguen cometiendo errores en la determinación y resarcimiento del daño moral. Así, sigue apareciendo su individualización en la ley dentro de los perjuicios de carácter material. Sería en este sentido más correcto diferenciarlo y darle por consiguiente un procedimiento heterogéneo al patrimonial. En conclusión, el sistema de baremos que hemos analizado desde el punto de vista del daño moral, es una norma que no agota todas las posibilidades de casos que pueden originarse en la práctica. No es un catastro cerrado de hipótesis de daños y presenta vacíos. Así, incluso se desprende de los análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional en las que no se dejó de recurrir a sistemas tradicionales de interpretación de la norma civil. Para su integración, se recurrirá entonces a los usuales y corrientes mecanismos de integración de lagunas legales. La aplicación por analogía no se encuentra descartada en modo alguno, por cuanto reviste un mecanismo legal de interpretación y herramienta especial en este sentido será la abstracción y generalidad, en el intento de comprender el resarcimiento de los daños causados”.

<sup>380</sup> En este sentido, PINTOS AGER, J. (2000), *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 203, “[u]n baremo correctamente diseñado, es decir, que responda a las pautas y directrices incluidas en el epígrafe III.II, afectará positivamente a la capacidad indemnizatoria de la responsabilidad civil. Su virtud consiste en resolver los problemas de evaluación del daño personal –especialmente el moral y parcialmente el patrimonial-, corrigiendo a la par las situaciones de incertidumbre o variabilidad y

Parece innegable que un baremo de daños es una posible solución a la discrecionalidad que pueda existir en la fijación de indemnizaciones por los tribunales (con independencia del debate que ocasiona el que el legislador influya en el libre arbitrio del órgano juzgador, debate que entendemos superado tras la aceptación del Tribunal Constitucional de este instrumento). Sin embargo, nos vemos obligados a rechazar el tratamiento que los daños no patrimoniales reciben en el baremo de accidentes de automóviles. Aunque es cierto que la falta de autonomía del resarcimiento del daño moral ha sido superada en 2015, consideramos que la dificultad que presenta el daño moral en su apreciación y valoración derivada de su propia naturaleza supone que sea necesario que el órgano juzgador disponga de la libertad necesaria para poder realizar una investigación de su existencia y resarcimiento conforme a las características que presente cada caso concreto, a lo que debemos sumar que nada impediría que el legislador reformara el Real Decreto 8/2004 volviendo a prescindir del carácter autónomo de los daños extrapatrimoniales.

Entendemos que la configuración actual del baremo podría suponer indefensión en algunos supuestos de accidentes de tráfico (pues como hemos visto a lo largo del epígrafe, al menos teóricamente, el uso del baremo debe verse limitado a accidentes de circulación); pensemos en aquellas situaciones, que aunque pueden ser las menos no quiere decir que no puedan existir, en las que un accidente de tráfico implique un daño moral del que no se deriven alteraciones patológicas o psicológicas, lo que en principio sería admitido por el Tribunal Supremo que mantiene que para poder estimar la existencia de daño moral no se requiere que se concrete en este tipo de patologías<sup>381</sup>. El difícil encaje de estas situaciones en el baremo podría dejar sin protección el daño moral acontecido en estos casos.

---

tendencia al alza de las cuantías indemnizatorias”; NAVARRO ESPIGARES, J. L. y MARTÍN SEGURA, J. A. (2008), *Valoración económica del daño moral. Una metodología aplicable en los accidentes y enfermedades laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid, pp. 62 y 63: “Los baremos son un buen remedio ante situaciones de variabilidad excesiva. El daño moral plantea la más clara de ellas, es en su cuantificación donde más sentido tiene someter el arbitrio judicial al poder estabilizador de aquéllos. La propuesta de Pintos consiste en someter al juzgador, al menos, a las consecuencias de su propio criterio. Ello puede conseguirse con técnicas cuantitativas sencillas –de regresión–, siempre y cuando se hayan impuesto previamente al juez dos obligaciones relativamente sencillas de cumplir: desglosar en la condena la parte correspondiente al daño moral para distinguirla del resto de los conceptos indemnizatorios. Identificar los factores más relevantes de los que se hace depender el importe de la indemnización por daño moral: edad, circunstancias de la víctima y de los perjudicados, tipo y gravedad de la lesión, secuelas... Otra propuesta apuntada por el citado autor consiste en la utilización de las técnicas aportadas por la economía, en concreto las técnicas empleadas en el análisis coste-beneficio. El método de la propensión a pagar (*Willingness to pay*) presenta una ventaja fundamental para valorar el daño moral: adopta un criterio de evaluación ex ante, de modo que, al adelantar la evaluación al momento anterior a la producción del daño, evita el problema de la disminución de la utilidad del dinero para la víctima y en última instancia, el de la aversión al riesgo. En el plano teórico la cuestión es sencilla: cuanto estaría dispuesto a pagar la víctima, para evitar o reducir el riesgo. No obstante, el autor concluye que la aplicación de estas técnicas basadas en la estimación del valor de la vida debe traducirse en baremos que garanticen la igualdad, la seguridad jurídica y la certidumbre”.

<sup>381</sup> Sobre la identificación del daño moral con alteraciones patológicas o psicológicas, Sentencia del Tribunal Supremo número 744/1998, de 16 de mayo, FJ. 9º, “el daño moral, de acuerdo con lo también antes expuesto, sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de

Por todo ello, nos sumamos a aquellos autores que vienen defendiendo una separación en la valoración de daños morales y corporales en el baremo que parece haberse conseguido en 2015, ya que ésta es la única vía para que los daños extrapatrimoniales puedan ser apreciados de forma autónoma dentro de este instrumento. Volver a la regulación anterior a 2015 supondría que el baremo no fuese coherente con la jurisprudencia relativa a los daños no patrimoniales. A pesar de lo positivo de esta reforma, debemos defender que la naturaleza de los daños extrapatrimoniales conlleva que la víctima del accidente alcanzaría un mayor grado de protección en gran parte de los casos si la labor investigadora y resarcitoria del tribunal competente no se viera condicionada por la existencia de un baremo. El grado de protección de la víctima siempre debe primar sobre las ventajas que una baremación de indemnizaciones por daños pueda conllevar.

#### **4.6 Transmisión *mortis causa* de la reclamación del daño padecido**

Como se mencionó en anteriores apartados, la Ley Orgánica 1/1982 hace referencia al ejercicio de las acciones de protección civil del honor de una persona fallecida (artículos 4, 5 y 6), ya que aunque este derecho sea personalísimo<sup>382</sup>, esta Ley Orgánica aclara en su exposición de motivos que “[a]unque la muerte del sujeto del derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última, que debe también ser tutelada por el Derecho”<sup>383</sup>.

---

reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas de otro lado aquí acreditadas”.

<sup>382</sup> GRANADOS PÉREZ, C. (1999), “Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en TORRES-DULCE LIFANTE, E. (director), *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 138, “[l]a persona fallecida no puede ser titular del derecho al honor en cuanto derecho personalísimo que se extingue con la muerte”.

<sup>383</sup> SAINZ MORENO, F. (1991), “Transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales (sobre la reforma del parágrafo 847 del código civil alemán y la situación en el derecho español)”, *Revista de Administración Pública*, nº 124, enero-abril 1991, pp. 451, 452 y 453, “[t]ratándose de daños al honor o a la intimidad de una persona nuestro derecho reconoce expresamente la legitimación de sus herederos para ejercer tanto la acción penal de calumnia o injuria (art. 466 del Código Penal «... en todo caso el heredero») como la acción civil (art. 6.º de la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen)», LO 1/1982, de 5 de mayo: «Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido efectuar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4.º», esto es, «la persona designada a tal efecto en testamento» y, en su defecto, «el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que vivieren al tiempo de su fallecimiento» y, a falta de todos ellos, el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado); OSSORIO SERRANO, J. M. (2011), pp. 182, 183 y 184, “[c]omo es natural, será el propio perjudicado quien pueda accionar en defensa de sus derechos lesionados. Mas para el caso de que este haya muerto, establece la propia Ley unas reglas muy precisas en relación a quienes pueden iniciar entonces el procedimiento en defensa de los derechos del fallecido. En tal sentido, si la intromisión ilegítima tiene lugar una vez ocurrido el fallecimiento (tras su muerte se publican ciertas informaciones que atentan contra la dignidad

Aunque la protección del derecho al honor del fallecido en nuestra legislación parece clara (con independencia de que la intromisión en éste fuera anterior o posterior a la muerte del afectado) debemos detenernos a analizar si la titularidad de la acción para reclamar el resarcimiento del daño moral ocasionado a una persona fallecida es obtenida *iure proprio* o *iure hereditario*.

A este respecto, un gran número de autores parecen optar por la opción de entender que el derecho a reclamar el resarcimiento del daño moral padecido por el fallecido es obtenido *iure proprio* o, dicho de otra forma, el ejercicio de la acción de reclamación del daño moral no tendría en estos casos su origen en el fenómeno sucesorio<sup>384</sup>.

---

y honorabilidad del difunto), estarán legitimados aquellos a los que el propio fallecido haya designado a tal efecto en su testamento (art. 4.1), cualquiera de los cuales podrá hacerlo en caso de que hubiese designado a varios (art. 5.2). En defecto de testamento, no conteniendo el mismo la citada designación o habiendo fallecido la persona o personas designadas, los legitimados serán el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo de su fallecimiento (art. 4.2), pudiendo también actuar cualquiera de ellos en caso de concurrir varias de las personas citadas (art. 5.1). Y en defecto de todos ellos, el ejercicio de la acción corresponderá al Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de persona interesada (art. 4.3). En tales casos, el plazo de ejercicio dependerá de quien sea la persona que entabla la acción, pues tratándose de una persona jurídica designada a tal efecto por el fallecido en su testamento (cosa que admite el art. 4.1) o del Ministerio Fiscal, la acción prescribe a los ochenta años de la muerte del afectado (art. 4.3), siendo el plazo en todos los demás casos la vida de las personas a las que legitima la Ley para el supuesto de que no haya especial designación testamentaria, pues al exigirse que todas ellas vivan a la muerte del mismo, no cabe duda de que llegará un momento en que desaparezcan por fallecimiento. Si el fallecimiento se produce después de haber tenido lugar la intromisión ilegítima, la legitimación corresponderá a las mismas personas y autoridades ya vistas (el designado en testamento, en su defecto ciertos parientes, y a falta de todos ellos el Ministerio Fiscal), las cuales podrán además continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere, según dispone el art. 6”.

<sup>384</sup> SANCHO REBUDILLA, F. D. A (1993), “Comentario al art. 659 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo I, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 1663, “[e]n estos casos, no es –propiaamente– que el derecho del causante se integre en su herencia; sino que la ley confiere una legitimación específica al heredero (para las acciones de protección civil al honor, intimidad e imagen, al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, indistintamente) para actuaciones dirigidas a proteger la memoria, el honor pretérito, etc. de su causante. Incluso, en alguno de estos supuestos (no, como regla, en las acciones de filiación; con carácter preferente en las del derecho moral de autor y en las del honor, intimidad e imagen) puede encomendar el ejercicio de la acción reparatoria o protectora de su honor o de su obra a un fiduciario (arts. 4º LO 1/82 y 15 LPI)”;

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2002), p. 467, “[n]o cabe discutir, por tanto, y en ello acierta la jurisprudencia, que con base en el art. 1902 puede reclamar indemnización por la muerte de una persona, sin ser heredero suyo, cualquiera que demuestre la existencia de un daño cierto, procedente de la acción dañosa con inmediatez suficiente, y producido por la interrupción de una relación de las que socialmente legitiman para el resarcimiento de los perjuicios materiales y anímicos: el daño material de aquél a quien el difunto mantenía a su costa (no parece indispensable que tenga derecho de alimentos: sí, que la situación sea estable), o, por otra parte, el daño moral del dolor ocasionado por la pérdida de una persona querida”;

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (2002), “Comentario al art. 113 del CP”, en DEL MORAL GARCÍA, A., SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coordinadores), *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, tomo I, Comares, Granada, p. 1130, “en caso de que a consecuencia del delito o de la falta se produzca la muerte del agraviado, es necesario insistir en que la indemnización de los perjuicios morales no forma parte del

El Tribunal Supremo opta, al igual que los autores mencionados, por entender que la titularidad de la acción de reclamación del daño moral de la persona fallecida es obtenida *iure proprio*<sup>385</sup>, sosteniendo en su Sentencia número 1055/1996, de 14 de diciembre (FJ. 2º), que “puede afirmarse, en términos generales, que la legitimación para reclamar resarcimiento en caso de muerte corresponde, de ordinario, a los más próximos parientes de la víctima, si bien «*iure proprio*» y no por sucesión hereditaria, prescindiendo de la distinción entre muerte instantánea y muerte ocurrida con posterioridad al accidente, pero debida a éste, para determinar si la indemnización por causa de muerte entra en el patrimonio del difunto y por ello transita a sus herederos o no, ya que en el caso que nos ocupa la muerte de la niña Laura fue casi instantánea y ello nos lleva directamente al daño moral, consistente en el «*precium doloris*», ya que en el supuesto que nos ocupa no concurren circunstancias de convivencia, dependencia económica o patrimonial de los padres u otras semejantes; mas las circunstancias recogidas por ambas sentencias de cierto abandono por parte de éstos, algún maltrato, desorden en los valores espirituales, hasta el extremo de ocasionar se les privase de la guarda, custodia y educación, no quiere decir que de modo absoluto se pueda afirmar que en ellos no se ha producido sufrimiento moral, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado”<sup>386</sup>.

---

«*ius hereditatis*»; pues el dinero que por tal concepto se reclame no integraba el patrimonio del causante antes de su muerte; sino que el derecho a la reclamación nace, precisamente, a raíz de su óbito o defunción”; QUINTERO OLIVARES, G., TAMARIT SUMALIA, J. M. (2005), “Comentario al art. 113 del CP”, en MORALES PRATS, F. (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 610, “[e]n lo que concierne a los familiares, una cuestión discutida es la relativa a la naturaleza jurídica de la indemnización por causa de muerte que corresponde a determinados parientes de la víctima. De acuerdo con el criterio dominante en la jurisprudencia, el derecho a la indemnización les corresponde en este caso «*iure proprio*» y no «*iure hereditario*», puesto que «al fallecer una persona como consecuencia de un delito surge la obligación de indemnizar, pero no por virtud del fenómeno sucesorio, puesto que el difunto nada llegó en vida a adquirir que, integrado en su patrimonio, fuera luego objeto de transmisión “*mortis causa*”»”; ROIG TORRES, M. (2010), p. 224, “[a]l tratar de los sujetos beneficiarios de la indemnización veremos que en los supuestos de fallecimiento el derecho resarcitorio no tiene naturaleza hereditaria, sino que surge *ex iure proprio* a favor de quienes acreditan la existencia de perjuicios (gastos de sepelio, lucro cesante si dependían económicamente de la víctima, etc.), así como de los parientes más próximos respecto al dolor moral. Por consiguiente, los titulares de la indemnización no son los herederos del ofendido sino los familiares que, o bien prueben la existencia de perjuicios materiales, o bien se presume su condición de perjudicados morales atendiendo a una serie de circunstancias, entre ellas, la inmediatez de su parentesco con el difunto”.

<sup>385</sup> MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2003), p. 863, «la jurisprudencia del TS rechaza tal posibilidad y declara que la legitimación para reclamar resarcimiento en caso de muerte no se transmite *iure hereditatis*, “prescindiendo de la distinción entre muerte instantánea y muerte ocurrida con posterioridad al accidente, pero debida a éste”».

<sup>386</sup> En sentido similar, Sentencia del Tribunal Supremo número 879/2005, de 4 de julio, FJ. 10º, “[p]or su parte, las SSTs de 19 de octubre de 2001, de 1 de febrero de 1991, de 9 de febrero de 1981, y 1 de febrero de 1991, exponían que «a la familia pertenecen los hermanos, quienes por su condición de tales, aunque no exista en la sentencia referencia alguna a relaciones de convivencia o de particular afección, están legitimados para recibir *iure proprio* la prestación reparatoria por daño moral cuando no existan otros familiares más inmediatos (sentencia de 9 de febrero de 1981), es decir, en defecto de otros familiares más cercanos, pues el vínculo de la común filiación, salvo en los casos en que se pruebe un distanciamiento o rotura de la cohesión familiar, explica y justifica el dolor moral que genera la indemnización, dado que los

A modo de conclusión, entendemos que lo realmente relevante es que el honor de una persona pueda ser protegido con posterioridad a su defunción, con independencia de que los sujetos que ejecuten la acción pertinente para la defensa del honor del fallecido obtengan la legitimación *iure hereditatis* o *iure proprio*. Y sin perder de vista la idea principal de que lo realmente relevante es la posibilidad de proteger el honor del fallecido, debemos señalar que, a nuestro entender, la opción elegida por el Alto Tribunal es la más correcta pues permite ampliar, por un lado, el número de sujetos que pueden proteger el honor del fallecido (ya que posibilita que en defecto de familiares directos otras personas puedan reclamar la protección de éste honor) mientras que, por otro lado, facilita la labor jurisprudencial permitiendo tanto a quien inicia la acción como al órgano juzgador prescindir de la distinción entre muerte instantánea y muerte ocurrida con posterioridad al accidente.

---

hermanos están dentro de un orden natural de afectos, reconocido paladinamente por ciertos preceptos penales (encubrimiento, excusa absolutoria, lesiones), y en las instituciones civiles, particularmente en materia de sucesión intestada, tutela y deuda alimenticia»”.

## CAPÍTULO 5. ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LOS INSTRUMENTOS DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

### 5.1 Principios Europeos de los Contratos (*Principles of European Contract Law*)

Los Principios Europeos de los Contratos (PECL) establecen en su artículo 9:501: “(1) *The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party’s non-performance which is not excused under Article 8:108. (2) The loss for which damages are recoverable includes: (a) non-pecuniary loss; and (b) future loss which is reasonably likely to occur*”.

Conforme al artículo que hemos citado, el acreedor tiene derecho a percibir una indemnización por la totalidad de los daños padecidos como consecuencia del incumplimiento del deudor, incluidos los daños no pecuniarios, salvo que el deudor pruebe que no pudo cumplir su obligación por un impedimento que escapó a su control. Cuando tal impedimento sea temporal, la exoneración de responsabilidad solamente durará mientras exista éste. Para que tales impedimentos exoneren de responsabilidad al deudor por el incumplimiento de la obligación deben ser comunicados en un plazo razonable al acreedor. En caso contrario, el acreedor podrá exigir una indemnización por los daños resultantes de la no recepción de dicha comunicación<sup>387</sup>.

El texto del artículo 9:501 implica que los Principios Europeos de los Contratos admiten la indemnización de daños no patrimoniales derivados de un incumplimiento contractual, y así es mantenido por THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW al indicar que los daños recuperables pueden abarcar el dolor, el sufrimiento, la incomodidad y angustia mental que resulten de la falta de cumplimiento<sup>388</sup>.

---

<sup>387</sup> Art. 8:108 PECL: “(1) *A party’s non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences. (2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the obligee may treat it as such. (3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the nonperforming party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice*”.

<sup>388</sup> THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (2000), “Comentario al art. 9:501 PECL”, en LANDO, O., BEALE, H. (editors), *Principles of european contract law*, parts I and II, edición de 2000, Kluwer Law International, The Hague, p.436, “[r]ecoverable loss is not confined to pecuniary loss but may cover, for example, pain and suffering, inconvenience and mental distress resulting from the failure to perform”; DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES MORENO, A. M. (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, pp. 372 y 373, “[l]os PECL extienden la indemnización a los daños no patrimoniales, en el art. 9:501 (2). El comentario señala como ejemplo el supuesto de un paquete de vacaciones en el que las condiciones ofrecidas al contratante que lo adquiere distan mucho de las que realmente se han dado. Pero seguramente en estos casos la indemnización plantea menores problemas que en otros, ya que el incumplimiento contractual provoca directamente un daño moral, por la propia función de la prestación. En el Derecho comparado de los Estados de la Unión no se ha alcanzado un nivel uniforme en la consideración del daño moral como daño indemnizable por la vía de la responsabilidad

Aunque los PECL admiten de forma expresa el daño moral por incumplimiento del contrato, hay que estudiar el límite fijado para la apreciación e indemnización de este daño en su texto, pudiendo apreciarse dicho límite en su artículo 9:503 en el que se establece que la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o

---

contractual”; VAQUER ALOY, A. (2003), pp. 543 y 544, “[e]l art. 9:501 ss. se ocupa de la indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento –en cualquiera de sus modalidades– a la otra parte en el contrato. La legitimación para reclamar la indemnización cubre todos los supuestos en los que el incumplimiento carece de excusa. Sin embargo, conviene notar que expresamente se habla de *damages for loss caused by the other party’s non-performance*, lo que significa que la indemnización se refiere exclusivamente a los perjuicios causados por el incumplimiento, lo que excluye otro tipo de daños conocidos en los sistemas de *common law* como son los *nominal damages* y los *punitive damages*. La culpa no aparece como presupuesto del deber de indemnizar los daños y perjuicios, con lo que adquiere tintes objetivos, pero sí que la excusa del incumplimiento lo excluye. El concepto de daño incluye el daño emergente y el lucro cesante (art. 9:502), de modo que se intenta explícitamente colocar al acreedor en la situación en que se hallaría de haberse cumplido correctamente la obligación o, lo que es lo mismo, se procura el resarcimiento integral. Asimismo, incluye el daño moral (art. 9:501 [2] [a]), sin distinguir el tipo de responsabilidad, lo que zanja la cuestión de su admisibilidad en el ámbito contractual, objeto de discusión en España. Sin embargo, la extensión de los daños viene delimitada por el concepto de previsibilidad (arts. 9:501 (2) (b) y 9:503), de modo que sólo aquellos daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato como resultado del incumplimiento deberán ser indemnizados, salvo que el incumplimiento sea doloso o debido a culpa grave, caso en el que deberán indemnizarse todos los daños, de modo semejante a lo previsto en nuestro art. 1107 Cc. Sin embargo, si se ha pactado una clausula penal, entonces sólo hay derecho a exigir la pena convencional con independencia del importe de los perjuicios sufridos, aunque si la cantidad estipulada es muy superior a los daños efectivamente padecidos, cabe reducir su cuantía en atención a éstos y a las restantes circunstancias del caso”; LETE ACHIRICA, J. (2003), “Contratos celebrados con consumidores”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, p. 642, “[e]l reconocimiento y la indemnización del daño moral ha sido desde su origen una cuestión controvertida en el ámbito del Derecho privado, aunque en la actualidad su consagración en las diversas iniciativas que pretenden ofrecer un marco de armonización del Derecho de contratos a nivel internacional se han plasmado en el art. 7.4.2 (2) PCCI, que, en sede de resarcimiento, se refiere a la reparación integral de los daños que el incumplimiento de un contrato cause a una de las partes, indicando que “tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”. Del mismo modo, el art. 9:501 (2) PECL señala que “la pérdida respecto a la cual se puede reclamar indemnización incluye: a) pérdida no pecuniaria (...), matizando su comentario que dicha pérdida *may cover, for example, pain and suffering, inconvenience and mental distress resulting from de failure to perform*”; MARSAL GUILLAMENT, J., LAUROBA LACASA, E. (2003), “Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, en ESPIAU ESPIAU, S., VAQUER ALOY, A. (editores), *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a european contract law*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 466, “[s]e cuestiona si los daños no patrimoniales son o no indemnizables en relación a los negocios sujetos a la Convención de Viena, con el apoyo de la literalidad de la expresión «valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte...», pero la posible exclusión –que no nos parece justificada– desaparece en la sede de los PECL (art. 9:501 (2)), así como en los principios UNIDROIT, que específicamente incorporan en la definición de daño resarcible el daño no pecuniario”.



gravemente negligente<sup>389</sup>. La inclusión de este artículo ha sido explicada por THE COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW argumentando que esta limitación es recogida en gran parte de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>390</sup>.

Como puede apreciarse, el contenido del artículo 9:503 es muy similar al del artículo 1107 de nuestro Código Civil, con la excepción de que en el artículo 1107 se habla de dolo para la no aplicación del límite descrito en la apreciación de daños, mientras que en el artículo 9:503 se opta por emplear la expresión incumplimiento deliberado o negligente como excepción a la regla de previsibilidad<sup>391</sup>. Si bien el parecido entre el texto de ambos

---

<sup>389</sup> Art. 9:503 PECL: *"The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent"*.

<sup>390</sup> THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (2000), "Comentario al art. 9:503 PECL", en LANDO, O., BEALE, H. (editors), *Principles of european contract law*, parts I and II, edición de 2000, Kluwer Law International, The Hague, p. 441, "[t]his article sets out the principle adopted in many jurisdictions by which the non-performing party's liability is limited to what it foresaw or ought to have foreseen at the time of the contract as the likely consequence of its failure to perform. However, the last part of this article provides a special rule in the case of intentional breach or gross negligence".

<sup>391</sup> THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (2000), "Comentario al art. 9:503 PECL", en LANDO, O., BEALE, H. (editors), *Principles of european contract law*, parts I and II, edición de 2000, Kluwer Law International, The Hague, p. 442, "[i]n this case the damages for which the non-performing party is liable are not limited by the foreseeability rule and the full damage has to be compensated, even if unforeseeable"; en relación a la exigencia de previsibilidad recogida en el artículo 9:503, NAVAS NAVARRO, S. (2000), "El resarcimiento de daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)", *Actualidad Civil*, Tomo 2000-4, p. 1246, "en los PEDC se añade una segunda posición, en el art. 9:503, donde se hace una salvedad a la regla de la previsibilidad: «salvo en caso de incumplimiento doloso o gravemente culposo». Este inciso puede ser objeto de dos posibles interpretaciones: i) el resarcimiento alcanza a todos los daños (previsibles e imprevisibles) sean o no consecuencia de la falta de cumplimiento; ii) la excepción se refiere exclusivamente al test de la previsibilidad pero siempre que los daños sean consecuencia de la falta de cumplimiento. La segunda línea de pensamiento parece la más razonable pues no existe ningún argumento válido para hacer cargar a la parte incumplidora de cualquier daño aunque sólo de forma lejana, remota o mediata derive de la falta de cumplimiento. Incluso, parece cuestionable que se haga responder más allá de lo que el pudo o debió prever. Es evidente, pues, que la norma es tributaria de los sistemas de *Civil Law*. Por otro lado, no se diferencia entre daños directos, indirectos, mediatos, inmediatos, etc. Ahora bien, tanto los daños previsibles como los daños imprevisibles deben ser consecuencia de la falta de cumplimiento"; DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES MORENO, A. M. (2002), p. 378, "[l]a regla de la previsibilidad significa un límite al principio de indemnización integral de los daños. No se pueden pedir al deudor más que aquellos daños que al tiempo de contratar puedan resultarle previsibles. Pero, de otro lado, vista en sentido contrario, la regla impone al deudor asumir determinados riesgos consecuencia de su incumplimiento: todos los que haya previsto o podido prever. Esta regla, al situar el cálculo de riesgos en el momento de contratar, ofrece a los contratantes la posibilidad de fijar el precio conforme al riesgo asumido, o de excluir riesgos, mediante una cláusula de exoneración. El CC francés, y con él nuestro CC, no fijan el límite de la previsibilidad para la indemnización de los daños causados por el deudor doloso. Recordemos el párrafo 2.º del artículo 1107 del CC: «En caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños] que conocidamente se deriven de su falta de cumplimiento de la obligación». Lo cual, en el fondo, no es más que acoger el principio de indemnización integral con todo su rigor. Esta regla, de escasa aplicación práctica en nuestro ordenamiento, había sido superada por la CISG (art. 74) y por los Principios de UNIDROIT (art. 7.4.4). En el comentario de éstos se resalta que los mismos no han seguido el criterio de

preceptos debería suponer que el artículo 9:503 no resultara extraño al Derecho español, no podemos obviar que el artículo 1107 CC ha sido ampliamente cuestionado por la doctrina (baste recordar que, como hemos expuesto en capítulos anteriores, GARCÍA GOYENA ya cuestionaba el requisito de la previsibilidad del daño), y ello sin mencionar que los tribunales españoles no suelen valerse de su texto para estimar un daño contractual<sup>392</sup>.

---

algunos ordenamientos, de obligar al deudor a indemnizar daños no previsibles. Pero los PECL han sido en este punto respetuosos con la tradición francesa, de discutible utilidad, ya que el *Common Law* no tiene establecida esta excepción”; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2008), “Los intereses y el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias en el futuro Derecho civil europeo armonizado”, *Diario la Ley*, nº 7046, sección doctrina, 31 de octubre de 2008, año XXI (<http://www.laley.es>), p. 5, “[l]a indemnización de daños y perjuicios se producirá, conforme al art. 9:501 PECL, respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte (salvo que se produzca una causa de exoneración del deber de indemnizar, por imposibilidad en el incumplimiento debida a impedimentos que quedan fuera de su control y que además eran razonablemente imprevisibles y de consecuencias insuperables en el momento de la conclusión del contrato, y la parte incumplidora hubiera comunicado a la primera la existencia del impedimento y de sus efectos sobre su capacidad para cumplir su obligación, incluyendo las pérdidas no pecuniarias —donde destacaría el daño moral— y las futuras pérdidas previsibles y probables, y tanto respecto a las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada —daño emergente— como a las ganancias que haya dejado de obtener —lucro cesante—, aunque en cualquier caso hay un deber del perjudicado de mitigar el daño adoptando medidas razonables (pudiendo recuperar los gastos razonables en que incurrió en ello), no respondiendo el deudor en caso contrario (al igual —total o parcialmente— que si el acreedor ha participado en el incumplimiento o sus efectos), y los daños resarcibles quedan limitados por la regla de la previsibilidad, de modo que el incumplidor sólo responderá de las pérdidas prevista o razonablemente previsibles en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo en los casos de incumplimiento con dolo o culpa grave. Esta regla de la previsibilidad ya se recogía en la CISG (art. 74), y después en los Principios UNIDROIT (art. 7.4.4), pero también es tradicional tanto en el ámbito del *common law* como en los Derechos continentales de inspiración francesa; en cambio, la excepción de los supuestos de dolo (o culpa grave), en que se recupera la regla de la indemnización integral y que no aparece en la CISG y los Principios UNIDROIT, se toma por los PECL (y RPECL) de los Derechos de inspiración francesa, siendo inexistente en la órbita del *common law*”; SOLER PRESAS, A. (2009), “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”, *Indret*, 2/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 6, “[c]onvenría, pues, para empezar, volver al ámbito limitado a las obligaciones contractuales que los PECL asignan al criterio, para inmediatamente admitir que, por sí solo, el citado criterio no basta para delimitar correctamente la extensión de la indemnización por incumplimiento de contrato: debe combinarse con otros criterios generales de imputación objetiva de daños, a imagen de textos como los art. 1150-1151 *Code*; el art. 1225 *Codice*; el art. 1107 Código Civil y el *statute law* norteamericano (§ 2-715 (2)(b) *Unifom Commercial Code*)”.

<sup>392</sup> CARRASCO PERERA, Á. (1989), “Comentario al art. 1107 del CC”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XV, Vol.1, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, Edersa, Madrid, p. 749, “[l]a norma del Código Civil, que proviene ya del Proyecto de 1851, no ha sido fundamentada en una razón atendible. De su texto parece desprenderse que el deudor doloso no se puede favorecer ni del límite de la previsibilidad ni de la regla de imputación de daños que supone la «consecuencia necesaria». Textualmente, el deudor de mala fe respondería de todas las consecuencias de las cuales el incumplimiento fuera una *conditio sine qua non*, con independencia del carácter adecuado o inadecuado de la consecuencia. Esto obliga a marcar las diferencias entre nuestra norma y las correspondientes de los Códigos francés e italiano. Porque si es cierto que el deudor contractual doloso responde en Francia de acuerdo a las mismas reglas de Derecho común a las que se sujetaría cualquier deudor de responsabilidad civil extracontractual, no es cierto entre nosotros que el deudor de mala fe responda como si de un deudor extracontractual se tratase. Esta conclusión, obligada de la lectura del texto, es ciertamente absurda. Y se explica que la doctrina haya intentado restringir su alcance”;

En lo que respecta al daño moral por incumplimiento del contrato, existen resoluciones de nuestro Tribunal Supremo en las que se hace uso del texto del artículo 9:501 de los PECL como un instrumento para poder apreciar la existencia de daños contractuales, siendo igualmente posible encontrar sentencias de Audiencias Provinciales en las que se realiza mención a este artículo con el fin de valorar la existencia de daño moral por incumplimiento de contrato en el caso que estén enjuiciando<sup>393</sup>.

---

LLAMAS POMBO, E. (2010), "Comentario al art. 1107 del CC", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, pp. 1219 y 1220, "[s]on muy numerosas las dudas que el precepto ha suscitado en la doctrina que se ha adentrado en su intelección. No está del todo claro si acoge la distinción entre daño *intra* o *circa rem* y daño *extra rem*, si cifra la extensión del resarcimiento en una cuestión de previsibilidad del daño, o si la calificación de la conducta del deudor influye verdaderamente en dicha extensión indemnizatoria, lo que pondría en entredicho la exclusiva finalidad reparadora de la responsabilidad civil, y la acercaría a esquemas punitivos. Nuestros tribunales [STS 16-7-1982 (RJ 1982/4249)] acogen lo que podríamos denominar «interpretación clásica» del art. 1107 CC, coincidente con la expresión literal del precepto, y que distingue dos grupos de deudores incumplidores: a) Los que incumplen de «buena fe», equiparados a los negligentes [STS 24-11-1995 (RJ 1995/6362)], quienes responden de los daños que cumplen dos requisitos, el de causalidad («consecuencia necesaria»), y el de previsibilidad («previstos o previsibles»), y cuya responsabilidad es susceptible de moderación a tenor de lo dispuesto en el art. 1103; b) los que incumplen dolosamente, que responderán de todos los daños, aun no previstos o previsibles, y sin posibilidad de moderación judicial. Dicha interpretación, sin embargo no resiste frente a la conclusión lógica de otras dos premisas: Por una parte, es evidente que los daños previstos o previsibles no son otros que los que resulten de consecuencia necesaria del incumplimiento; sólo es previsible lo causalmente necesario. Y por otra, cuando se afirma que el deudor doloso responde de «todos los daños», ello ha de entenderse –desde POTHIER (1865, *passim*) así se ha hecho– en sentido jurídico, es decir, con un límite en la cadena causal tal, que sólo cabe imputar al deudor –por muy doloso que sea– aquellos daños que sean consecuencias necesarias del incumplimiento (de la realidad de esta premisa nos ocupamos más adelante). De todo ello, cabe concluir que el *quantum* indemnizatorio acaba siendo el mismo en uno y otro caso (PANTALEÓN, 1991, 1025 y LEÓN GONZÁLEZ, 2002, 591). Quizás por ello, la jurisprudencia española se haya limitado simplemente a desconocer el art. 1107. II, y opera con un criterio de unificación similar al vigente en el *common law* o en la Convención Internacional sobre Compraventa de Mercaderías de 1980, que no establecen diferencia entre el deudor que incumple por culpa y quien incumple por dolo”.

<sup>393</sup> A modo de ejemplo: Sentencia del Tribunal Supremo número 799/2009, de 16 de diciembre, FJ. 9º: “Según el art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir” (artículo 9:501 (2) PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 632/2010, de 30 de noviembre, FJ. 2º: “El artículo 9.501 (1) (a) de los “principios de derecho contractual europeo” (PECL) reconoce la posibilidad de indemnizar el daño moral derivado del incumplimiento contractual al decir que «la parte perjudicada [por el incumplimiento] está facultada para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la pérdida que le hubiere causado el incumplimiento de la otra parte si ésta no se encuentra exonerada de acuerdo con el artículo 8.108 (2) La pérdida respecto a la cual se puede reclamar indemnización incluye: (a) Pérdida no pecuniaria; y (b) Pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir”.

Sin lugar a dudas, los PECL han supuesto una evolución legislativa en lo que a la regulación del daño moral por incumplimiento de contrato se refiere, al haber optado por recoger expresamente su resarcimiento. Su articulado no sólo podrá ser empleado como un medio más a tener en consideración por los tribunales nacionales, como ocurre en las sentencias mencionadas, sino que puede ser indicativo de una posible evolución futura de los ordenamientos civiles de los Estados Europeos en lo que a la regulación del daño moral contractual se refiere<sup>394</sup>.

## 5.2 Principios Europeos de Responsabilidad Civil (*Principles of European Tort Law*)

Los principios europeos de responsabilidad civil (PETL) indican en su artículo 10:301: “(1) *Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.* (2) *In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor’s fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.* (3) *In cases of personal injury, non-pecuniary damage corresponds to the suffering of the victim and the impairment of his bodily or mental health. In assessing damages (including damages for persons having a close relationship to deceased or seriously injured victims) similar sums should be awarded for objectively similar losses”.*

Como puede observarse, este precepto recoge el resarcimiento del daño moral que puede surgir de la existencia de lesiones corporales (*has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality Rights*)<sup>395</sup>, por lo que cabe cuestionarse si el ámbito de actuación del artículo 10:301 engloba únicamente los daños morales derivados de lesiones físicas o si por el contrario podemos extender esta referencia realizada a los daños no patrimoniales al ámbito contractual.

---

<sup>394</sup> De una opinión similar, PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2016), *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Colección Derecho Privado, número 5, Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, p. 242, “los PECL no sólo incluyen como una partida indemnizatoria el daño no patrimonial, sino que adoptan un concepto amplio del mismo, lo que supone una importante diferencia respecto al silencio o limitada admisión del daño no patrimonial en los Códigos civiles europeos, que han motivado un importante esfuerzo jurisprudencial, ya para admitirlos, ya para extender su ámbito de aplicación. Dicha amplitud se pone de manifiesto no sólo en la extensión objetiva del daño no patrimonial, sino también en la subjetiva”.

<sup>395</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2010), “Los principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”, en GUZMÁN MENDOZA, C. E., INSIGNARES CERA, S. (editores), *Política y derecho: Retos para el siglo XXI*, Ediciones Uninorte, Barranquilla, p. 73, “[l]os daños no patrimoniales también son indemnizables, en especial si la víctima ha sufrido un daño corporal o a derechos de la personalidad [art. 10:301 (1) PETL]. La cuantificación de estos daños es muy compleja en la práctica. Los PETL apuntan algunos criterios a tomar en cuenta al efecto (entre ellos, el grado de culpa del causante, si hubiera contribuido significativamente al daño: el hecho de que el daño se ocasionara dolosamente puede agravar el sufrimiento psíquico de la víctima) [art. 10:301 (2) y (3)]; e insisten en la necesidad de conceder indemnizaciones similares para pérdidas que sean objetivamente similares [art. 10:301 (3) i.f. PETL]”.

Ante esta cuestión, ROGERS considera que los daños extrapatrimoniales pueden estar presentes en múltiples situaciones, aunque no resulta posible formular una regla para compensar los daños por incumplimiento de contrato. Por ello, ROGERS se muestra conforme con que los tribunales indemnicen los daños morales que no sean resultado de lesiones personales y muerte, especialmente cuando se infrinjan derechos fundamentales como el de la libertad u otros aspectos de la personalidad. La dificultad en la valoración monetaria de estos daños no implica que no sean importantes para quien los sufre<sup>396</sup>.

Conforme a la interpretación del ámbito de actuación del artículo 10:301 de ROGERS, que entendemos se corresponde con la opinión del EUROPEAN GROUP ON TORT LAW al encontrarse la misma reflejada en los comentarios a los PETL dirigidos por este mismo grupo, puede sostenerse que la referencia realizada a los daños no patrimoniales en estos Principios es extensible al ámbito de la responsabilidad contractual.

En cuanto a las posibles motivaciones que han llevado al EUROPEAN GROUP ON TORT LAW a incluir una referencia expresa a los daños no patrimoniales derivados de lesiones físicas en el artículo 10:301 de los PETL, las encontramos en la jerarquía de intereses protegidos recogida en el artículo 2:102 del mismo texto, en el que se señala que la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad, deben gozar de la protección más amplia, mientras que la protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales pueden tener un alcance más limitado. Si en estos Principios se ha optado por recoger expresamente que la integridad psíquica y la dignidad de la persona debe primar sobre los intereses puramente patrimoniales, habría supuesto, a nuestro

---

<sup>396</sup> ROGERS, H. (2005), "Comentario al art. 10:301 PETL", en EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer Wien, New York, pp. 173 y 174, "[o]utside the area of personal injury and death, damages for non-pecuniary loss may be available in a very diverse range of situations –for example for interference with liberty, honour, reputation or privacy. Although it is not possible to formulate any hard and fast rule, there is a certain reluctance in many systems to award them in cases of damage to property or for breach of contract. Thus the buyer of goods is not likely to have much success in seeking compensation for the frustration and disappointment he feels when the goods are delivered late. However, the line between pecuniary and non-pecuniary loss can be hard to draw here. For example, the reason for the award of sometimes quite substantial damages for injury to reputation may be that the victim is quite likely to suffer some financial loss in the future but may find it virtually impossible to prove cause and effect; and where, for example, a person is forced to move into lodgings as a result of damages to his house or a passenger is set down at the wrong destination in the middle of the night, the "inconvenience" of which they complain may be hard to regard as a pecuniary loss but nor is it quite the same as the suffering of an accident victim. Without attempting to prescribe exactly when the power should be exercised, we are satisfied that courts should be able in principle to award damages for non-pecuniary loss outside the cases of personal injury and death. This is particularly clear where fundamental rights like those of liberty and other aspects of personality are infringed. Commonly there will be to provable financial loss from a short detention, a libel or an invasion of privacy, and if damages for non-pecuniary loss were not recoverable sanctions against the violator of such interests would be significantly reduced. The fact that the interests in question are not easily valued in monetary terms and that their infringement may be less catastrophic for the victim than a very serious personal injury does not mean that they are unimportant, looked at from the point of view of a decent society. Of course in cases of the type we are now considering awards of damages for non-pecuniary loss have to be watched and controlled very carefully lest they become extravagant. Difficult as it may be in practice, there is also a need to maintain equity between different types of victims and to ensure that comparable situations are treated similarly".

parecer, una incoherencia no recoger una referencia expresa al daño moral en el articulado de los mismos<sup>397</sup>.

No obstante, esta jerarquización de intereses que recoge el artículo 2:102 ha sido criticada por algunos autores al entenderla como innecesaria, pues el resto de artículos de los PETL contemplan el resarcimiento íntegro del afectado. Así, PANTALEÓN sostiene que los artículos 2:101 y 2:102 son innecesarios. Además, este autor piensa que para un juez de *common law* o para un juez francés o español le resultaría extremadamente difícil entender que el propósito de ambos preceptos es diferente de los artículos 4:102(1) y 3:201. PANTALEÓN entiende que para delimitar la responsabilidad por negligencia ya existen el análisis de la diligencia debida y el alcance de la obligación, por lo que no resulta necesario añadir intereses protegidos<sup>398</sup>.

En cambio, otros autores defienden la inclusión de este artículo en los PETL, siendo ejemplo de ello KOZIOL, quien considera que establecer el nivel de protección es más difícil

---

<sup>397</sup> Art. 2:102 PETL: "(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection. (2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection. (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property. (4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim. (5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases. (6) In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration".

<sup>398</sup> PANTALEÓN, F. (2005), "Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A critical view "from outside", *Indret*, 3/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 5, "[i] find Articles 2:101 and 2:102 clearly unnecessary. It will suffice to read together the latter article and paragraph (1) of Article 4:102 to see that they are practically the same and could well have been identical. I am certain that a common law judge or, for example, a French or Spanish judge would find it extremely difficult to understand where the purpose of Articles 2:101 and 2:102 is different from that of Article 4:102(1) together with Article 3:201, on "Scope of liability". We have two specific tools for the function of marking the outer perimeter of liability for negligence: "duty of care" and "scope of duty". We do not need another one called "protected interests": this is a clearly otiose "fifth wheel on the wagon". The "three stages approach" mentioned by Professor Koziol in section 4 of his Introduction to Chapter 2 is somewhat mystifying, because it is obvious that the first stage cannot be passed before the second and that the two should instead be gone through together. "Protected interests" does not label a general condition of liability, but the result or effect of the whole law of torts of a certain country in a concrete historical period. Finally, if wrongfulness in the field of strict liability is intended to permit the exclusion from it of the compensation of pure economic losses (or even of damages to property insured by the owner), this should be expressly provided for in Article 5:101 and not left to the judges who may or not deduce such exclusions from a rule such as Article 2:102 of the Principles"; en sentido similar, TRIGO GARCÍA, B. (2006), "EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.): Principles of European Tort Law: Text and Commentary, Wien-New York, Springer, 2005, 282 páginas", *Anuario de Derecho Civil*, Número LIX-1, Enero de 2006, p. 315, "[e]n todo caso, cabe destacar la importancia concedida a los intereses objeto de protección a la hora de delimitar el ámbito de la responsabilidad (vid. art. 2:102. *Protected Interests*) y la adopción de un «sistema flexible», esto es, la mención de una serie de factores relevantes que deben ser tenidos en cuenta para la toma de decisiones relativas a la responsabilidad, en lugar de establecer una regla rígida y cerrada (el art. 2:102 antes mencionado es un buen ejemplo de este tipo de aproximación)".

si el sistema legal se limita únicamente a describir los derechos o intereses que deben protegerse en la medida en que sea razonable<sup>399</sup>.

Ante esta divergencia de opiniones, nos adherimos al planteamiento defendido por PANTALEÓN, pues si lo que se pretende por parte de los PETL es proporcionar un resarcimiento íntegro de los daños ocasionados, consideramos que no es necesario establecer una prelación de intereses, es más, entendemos que ésta jerarquización puede dificultar alcanzar el objetivo de conseguir el resarcimiento de todos aquellos daños sufridos por la víctima con independencia de la naturaleza de los mismos.

En cuanto al artículo 10:301 de los PETL es necesario señalar que el Tribunal Supremo se ha valido de este precepto en algunas de sus resoluciones como un instrumento más para la determinación de la existencia de daño moral en el caso a enjuiciar. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010 contempla que los daños morales asociados a las dolencias físicas o psíquicas son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona como se deduce de la definición empleada por el artículo 10:301 PETL<sup>400</sup>. Igualmente, el artículo 10:301 de los PETL ha sido también empleado en algunas sentencias de las Audiencias Provinciales<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> KOZIOL, H. (2005), "Comentario al art. 2:102 PETL", en EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer Wien, New York, p. 30, "[t]he question of how extensive the protection of a person's interest is and which behaviour is therefore required from all others can be answered rather easily if there is a particular imperative rule (Schutzgesetz) which forbids endangering more complex if the law only provides that others must not act contra bonos mores. Establishing the level of protection is also more difficult if the legal system merely describes the rights or interests to be protected as far as is reasonable. It is then left to practice to determine the scope of protection and the behaviour demanded from others. Specific legislation may of course precisely define the scope of protection. Thus the EC Directive on Product Liability allows a Claim to be made in respect of personal injury and damage to other property in private use, but not, for example, in respect of damage to the property of a company".

<sup>400</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 366/2010 de 15 de junio, FJ. 6º, "[l]os daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, artículo 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta asimismo significativo, como criterio para calibrar la imputabilidad, el alcance obligatorio del contrato para quienes en él intervienen, de acuerdo con lo que resulte de su interpretación"; Sentencia del Tribunal Supremo número 799/2010 de 10 de diciembre, FJ. 5º: "Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, artículo 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del que incumple y exigen

Por último, cabe señalar que si bien de la interpretación que la propia EUROPEAN GROUP ON TORT LAW realiza sobre el artículo 10:301 puede desprenderse que es posible hacer uso del mismo en el ámbito contractual, consideramos que conllevaría menor dificultad emplear otros de los instrumentos analizados en este capítulo (como los PECL o el DCFR que estudiaremos a continuación) ya que el uso de los mismos para estimar y resarcir el posible daño moral por incumplimiento de contrato, a diferencia de los PETL, no requeriría de una interpretación extensiva previa de su articulado.

### 5.3 Borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*)

El Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR) establece en su artículo 3:701: *“(1) The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor’s nonperformance of an obligation, unless the non-performance is excused. (2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur. (3) “Loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life”*<sup>402</sup>.

Como es posible apreciar, el DCFR contempla de modo expreso en la redacción del artículo 3:701 el reconocimiento de daños no económicos derivados del incumplimiento de una obligación entre los que debemos entender incluidos los daños morales, entre los que STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) incluye el dolor y sufrimiento, las molestias, angustia mental y cualquier otro deterioro de la calidad de vida resultado de la falta de cumplimiento.<sup>403</sup>

---

tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando éstos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho”.

<sup>401</sup> A modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña número 213/2011 de 12 de abril, FJ. 3º: “Debiendo calificarse como daños morales (figura que declara como borrosa, relativa e imprecisa) «aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica...» Definición de daño no patrimonial que también se recoge en el artículo 10:301 PETL (“Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” elaborados por el «European Group on Tort Law»)”.

<sup>402</sup> Sobre la estructura que conforma el texto del DCFR, FUCHS, A. (2008), “A Plea for a Europe-Wide Discussion of the Draft Common Frame of Reference”, *ERA Forum*, volume 9, issue 1, pp. 4 y 5, “[t]he scope of the DCFR presented by the academics is much broader than only “general contract law including consumer contract law”. General contract law and consumer law are included in Book II (contracts), Book III (obligations and corresponding rights), and some parts of Book IV on specific contracts (e. g. sales, loans, and probably services, insurance contracts, leasing etc.). Six more books follow in the academic DCFR: Benevolent intervention in another’s affairs (Book V), Non-contractual liability arising out of damage caused to another (Book VI), Unjustified enrichment (Book VII), Acquisition and loss of ownership in movables (Book VIII), Proprietary security rights in movable assets (Book IX), and Trusts (Book X)”.

<sup>403</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2010), “Comentario al art. 3:701 DCFR”, en VON BAR, C., CLIVE, E. (editors), *Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference*, vol. 1, edición de



El artículo 3:701 del DCFR presenta una redacción muy similar al ya comentado artículo 9:501 de los PECL en lo que concierne a los daños extrapatrimoniales, aunque la redacción del DCFR es más extensa, pues mientras que el artículo 9:501 se limita únicamente a reconocer que entre los daños que pueden nacer de un incumplimiento contractual se encuentra el *non-pecuniary loss*, el artículo 3:701 especifica qué circunstancias abarcan estos daños: “*pain and suffering and impairment of the quality of life*”. Otra diferencia entre ambos artículos se encuentra en que mientras que el artículo 9:501 utiliza el término *non-pecuniary loss*, el artículo 3:701 emplea la expresión *non-economic loss*. Aunque este matiz no implica una diferencia sustancial entre los daños que abarcan uno y otro término, pudiendo considerarse ambas expresiones como expresiones equivalentes<sup>404</sup>.

Por otro lado, el artículo 3:703 del DCFR establece que el deudor de una obligación que surge de un contrato u otros actos judiciales sólo es responsable de los daños que el deudor había previsto o que razonablemente se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean resultado de la falta de cumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencional, temerario o gravemente negligente<sup>405</sup>.

Como puede apreciarse, el DCFR ha optado al igual que los PECL por exigir como requisito la previsibilidad del daño reclamado para proceder al resarcimiento del mismo. Al respecto, el STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE comenta que no todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros limitan el resarcimiento de daños por una regla de previsibilidad. Sin embargo, los resultados suelen ser bastante similares a los obtenidos mediante el examen de la previsibilidad, que ha sido adoptado por convenios internacionales como el artículo 74 de la CISG. Cuando el incumplimiento es intencionado,

---

2010, Oxford University Press, New York, p. 917, “[r]ecoverable loss is not confined to economic or pecuniary loss but may cover, for example, pain and suffering, inconvenience, mental distress and any other impairment of the quality of life resulting from the failure to perform”.

<sup>404</sup> De esta opinión es VON BAR, C. (1998), “The notion of damage”, en AA.VV. HARTKAMP, A. (editor), *Towards a European civil code*, 2ª edición, Kluwer Law International, The Hague, p. 396: “Loss (and so also “damage”) can take the form of either economic or non-economic loss. That Could (but has so far not been) also be criticized at the level of terminology. The drafting teams have not attached much weight to the question whether instead of “non-economic” “non-pecuniary” loss should have been preferred”; INFANTE RUIZ, F. J. (2008), “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo”, *Indret*, 2/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 39, “[l]os Libros II y III contienen en su mayoría reglas traídas de los PECL, pero existen algunas variaciones como consecuencia de la estructura y de la diferente cobertura del DCFR y en parte también porque el ámbito objetivo de los PECL se ha expandido para abarcar materias de protección de consumidores. La desviación más significativa se encuentra en que el DCFR distingue claramente entre contrato y obligaciones, de modo que los derechos y obligaciones se incluyen en el Libro III”; CLIVE, E. (2008), “An Introduction to the Academic Draft Common Frame of Reference”, *ERA Forum*, volume 9, issue 1, p. 19, “[i]t is also important to note that the order of treatment of the topics in the DCFR Books I to III is essentially the same as in PECL. It follows a natural chronological sequence”.

<sup>405</sup> Art. 3:703 DCFR: “The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent”.

imprudente o grave a menudo no se excluye de los Derechos nacionales, pero en la práctica los tribunales pueden llegar a este mismo resultado<sup>406</sup>.

El contenido del artículo 3:703 es prácticamente similar a la redacción del artículo 1107 CC, con la diferencia de que en el texto del Código Civil se contempla como excepción al requisito de la previsibilidad del daño la existencia de dolo en el incumplimiento, mientras que en el artículo 3:703 del DCFR se desgana ese incumplimiento doloso en intencional, temerario, o gravemente negligente. Por ello, al igual que comentamos en el apartado correspondiente a los PECL, no podemos obviar las dificultades que implica el ejercicio del requisito de la previsibilidad, por lo que las críticas doctrinales sobre la materia serían extrapolables a la aplicación de este precepto.

Dicho de otra manera, el artículo 3:703 supone un límite para el reconocimiento de los daños abarcados por el artículo 3:701 del DCFR y, por lo tanto, un límite para el reconocimiento de los daños morales derivados de un incumplimiento contractual.

Al igual que ocurre con los demás sistemas de modernización del Derecho Privado analizados hasta el momento, es posible encontrar sentencias en las que el artículo 3:701 del DCFR es utilizado como referencia para estimar y resarcir daños morales por incumplimiento de contrato<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2010), "Comentario al art. 3:703 DCFR", en VON BAR, C., CLIVE, E. (editors), *Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference*, vol. 1, edición de 2010, Oxford University Press, New York, p. 929, "[n]ot all the laws of the member states limit damages by a rule of foreseeability; some, for example, use a criterion of adequate causation. However, the results are usually rather similar to those obtained by employing the foreseeability test, which has been adopted by international conventions such as the CISG (art. 74). Cases of intentional, reckless or grossly negligent non-performance are often not expressly excluded from the rule in the national law, but in practice the courts may well reach this result and the limitation seems a fair one".

<sup>407</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 205/2013, de 16 de abril, FJ. 9º: "El resarcimiento del denominado «daño moral» que se afirma experimentado con motivo, con ocasión o como consecuencia de uno o varios comportamientos que se dicen constitutivos de un incumplimiento contractual dista de recibir una respuesta jurídica homogénea. De una parte, los «Principios de Derecho Contractual Europeo» -en anagrama, «PECL»-, en su art. 9:501(1) (a), contempla el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento contractual. A tenor de esta norma «(1) La parte perjudicada [por el incumplimiento] está facultada para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la pérdida que le hubiera causado el incumplimiento de la otra parte si ésta no se encuentra exonerada de acuerdo con el art. 8.108. (2) La pérdida respecto a la cual se puede reclamar indemnización incluye: (a) Pérdida no pecuniaria; y (b) Pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir». A su vez, el art. 3:701 del *Common Frame of Reference*-en anagrama, «CFR»- establece que «(1) El acreedor tiene derecho a los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que exista una justificación para ello. [...] (3) "Daños y perjuicios" incluyen los daños y perjuicios económicos y no- económicos. Los 'perjuicios económicos' incluyen las ganancias o ingresos dejados de obtener, los gastos en los que se ha incurrido, así como la disminución en el valor del patrimonio. Los "daños no-económicos" incluyen el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida». De modo análogo, los Principios de UNIDROIT admiten la indemnización de los daños morales que derivan del incumplimiento contractual, y así, el art. 7.4.2 previene que «(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier

Es posible llegar a la misma conclusión respecto de los PECL, con la diferencia de que el texto del artículo 3:701 del DCFR es más exacto sobre la regulación de los daños no patrimoniales, no económicos, ya que describe con mayor detenimiento (aunque continúe siendo una descripción mínima y general) que circunstancias pueden incluirse dentro de los daños no económicos (*pain and suffering and impairment of the quality of life*), lo que, a nuestro entender, supone un avance en la regulación del daño moral por incumplimiento del contrato, pues lejos de limitar el reconocimiento del daño moral contractual que ya se encontraba recogido en los PECL, ACQUIS GROUP ha optado por avanzar en la facilitación de la labor jurisprudencial dirigida al reconocimiento y resarcimiento de estos daños .

#### 5.4 Principios UNIDROIT

Los principios UNIDROIT recogen el daño moral en su artículo 7.4.2, donde se establece: “(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación íntegra del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”.

Los principios UNIDROIT se decantan por la reparación íntegra del daño<sup>408</sup>, aunque también reflejan una mención expresa a los daños no pecuniarios, señalando incluso dos

---

ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia Audiencia Provincial que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional»<sup>3</sup> [énfasis añadido]”; de igual manera, la anteriormente citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 632/2010, de 30 de noviembre, FJ. 2º: “Adoptando el mismo criterio por su parte el artículo 3.701 del *Common Frame of Reference* (CFR), con alguna precisión adicional, y así, según el precepto, “el acreedor tiene derecho a los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que exista una justificación para ello ...”(3) daños y perjuicios incluyen los daños y perjuicios económicos y no-económicos, incluyendo los perjuicios económicos las ganancias o ingresos dejados de obtener, los gastos en los que se ha incurrido, así como la disminución en el valor del patrimonio, en tanto que los daños no económicos incluyen el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida”.

<sup>408</sup> ADAME GODDARD, J. (1998), *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, p. 28, “[e]sta medida de indemnización, llamada en los Principios “reparación integral” (artículo 7.4.2) y en el *Common Law*, *full compensation*, tiende a poner a la parte perjudicada por el incumplimiento en la situación que estaría si el contrato se hubiera cumplido, a diferencia de lo que ocurre en casos de incumplimiento de otras obligaciones, cuya indemnización es simplemente reparadora de los daños efectivamente causados. La diferencia se explica nuevamente por la relación bilateral que, partiendo de la confianza que cada parte pone en que la otra cumplirá su obligación, genera entre ellas una mayor responsabilidad por el cumplimiento de sus respectivas obligaciones”; GARCÍA RUBIO, M. P., OTERO CRESPO, M. (2010), “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *Indret* 2/2010 (www.indret.com), p. 11, “[e]n efecto, los primeros comentarios a la disposición destacan que los daños se deben con independencia de si el contrato ha sido o no invalidado, así como la diferencia entre los daños previstos en este precepto y los derivados del incumplimiento del contrato, pues mientras en este segundo caso se prevé un resarcimiento integral que incluye la compensación de todo tipo de daños, tanto

situaciones que pueden ser origen de estos daños, “el sufrimiento físico y la angustia emocional”, es decir, como señala TALLON, “[e]l parágrafo (2) de este artículo dispone expresamente la reparación de daños no pecuniarios. Puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación. Esta norma podría ser aplicada en el comercio internacional en materia de contratos celebrados por artistas, deportistas famosos y famosas o consultores contratados por una empresa u organización”<sup>409</sup>.

Estas dos situaciones que contempla expresamente el artículo 7.4.2 (2) (“el sufrimiento físico y la angustia emocional”) para parte de la doctrina posee mayor importancia de la que en un principio pudiera parecer, pues para estos autores la inclusión de ambos preceptos limitarían el resarcimiento del daño moral únicamente a las personas físicas. Así, MCKENDRICK sostiene que el sufrimiento psíquico sólo puede ser experimentado por un ser humano, no por una empresa, por lo que estos daños únicamente podrían ser resarcidos en aquellos casos en los que la parte perjudicada es una persona física y el contrato suscrito se encuentra vinculado a los principios UNIDROIT<sup>410</sup>.

Sin embargo, en las situaciones en las que acontezca una pérdida de reputación, el propio MCKENDRICK entiende que es necesario distinguir entre la vergüenza y la pérdida de reputación en sí y las pérdidas económicas sufridas como resultado de la pérdida de reputación. Este autor indica que no queda claro si el artículo 7.4.2 (2) se refiere a todas las formas de pérdida o sólo a la primera, aunque el hecho de que se refiere a los daños no patrimoniales indica que se refiere únicamente al primer caso. Por ello, las consecuencias económicas de la pérdida de reputación pueden ser recuperadas cuando los daños

---

patrimoniales como no patrimoniales (art. 7.4.2), aquí se alude exclusivamente al llamado interés negativo, que pone a la parte dañada en la misma posición en la que estaría si el contrato no se hubiera llegado a celebrar, lo que al decir de algunos no excluye necesariamente la pérdida de beneficios derivada de la imposibilidad de contratar con un tercero”.

<sup>409</sup> TALLON, D (2004), “Comentario al art. 7.4.2 PICC”, en INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (editor), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Aranzadi, Navarra, pp. 243 y 244.

<sup>410</sup> MCKENDRICK, E. (2009), “Comentario al art. 7.4.2 PICC”, en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, pp. 877 y 878, “[t]he case of “physical suffering” is probably the most straightforward. The most difficult issue here relates to the meaning of these words. They appear to refer to the physical consequences of an injury or an illness and, on this basis, loss seems to be recoverable provided that it has been suffered as a result of the non-performance and is not too remote a consequence of the non-performance. By definition, physical suffering can only be experienced by a human being; it cannot be experienced by a corporation. So in the case where an individual concludes a contract which falls within the scope of the PICC and suffers physical injury or physical illness as a result of the non-performance damages can, in principle, be recovered. The case of ‘emotional distress’ is more difficult. Once again, we encounter definitional issues. ‘Emotional distress’ is not a term of art and it could cover a wide range of matters. At one end of the spectrum is the case in which the aggrieved party suffers psychiatric illness as a result of the defendant’s non-performance. At the other end is the case in which the aggrieved party suffers distress, anxiety, or loss of enjoyment or pleasure as a result of the non-performance. Once again, such losses can only be suffered by human beings; they cannot be experienced by corporations. Thus damages can only be recovered under this head in the case where the aggrieved party is a human being and the contract which he or she has concluded falls within the scope of the PICC”.

podrían haber sido previstos, pero un tribunal puede ser más reactivo a resarcir daños en las situaciones en las que la pérdida de reputación no tenga ningún efecto adverso sobre las consecuencias económicas<sup>411</sup>.

Siguiendo la opinión de MCKENDRICK puede sostenerse que el resarcimiento de la pérdida de reputación a través del artículo 7.4.2 dependería del órgano juzgador, por lo que, continuando con esta misma línea de pensamiento, el resarcimiento del daño moral sufrido por una persona jurídica como consecuencia de una pérdida de reputación derivada de un incumplimiento contractual a través de los PICC dependería del tribunal que juzgase el caso concreto, siempre y cuando el ordenamiento y jurisprudencia desarrollados en el país al que perteneciese el mismo así lo permitiera.

Es precisamente esta necesidad de que sea el órgano juzgador quien interprete en cada caso concreto la viabilidad del resarcimiento del daño no pecuniario y que analizaremos en los siguientes párrafos de una forma más detenida, lo que nos lleva a considerar que la redacción de las dos situaciones que recoge el parágrafo (2) tienen un carácter tan general que deben ser utilizadas como unos criterios que faciliten la labor de interpretación a los jueces y tribunales (de manera análoga a como sosteníamos al analizar la regulación de los daños no económicos efectuada en el DCFR) no como unos límites que tengan que ser aplicados de forma literal.

En cualquier caso, la realidad es que el artículo 7.4.2 ha sido utilizado por algunos autores como MARTÍNEZ CAÑELLAS para interpretar la inclusión del daño moral en otros textos normativos (como vimos en el epígrafe referente a la CISG), cabiendo esta posibilidad en el Código de Comercio español<sup>412</sup>.

---

<sup>411</sup> MCKENDRICK, E. (2009), "Comentario al art. 7.4.2 PICC", en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, p. 878, "[i]n the case of loss of reputation, it may be necessary to distinguish between embarrassment and loss of reputation per se and financial losses suffered as a result of a loss of reputation. It is not clear whether Art 7.4.2 (2) is aimed at both forms of loss or only the former. The fact that it is concerned with 'non-pecuniary' harms indicates that it is concerned solely with the former. On the other hand, the Illustration given in this part of the Official Comment seems to be directed towards the financial consequences of a loss of reputation. The financial consequences of a loss of reputation may be recoverable where the loss is a foreseeable consequence of the breach of contract but a tribunal can be expected to be more reluctant to award damages in the case where the alleged loss of reputation does not have any adverse financial consequences".

<sup>412</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2007), "The influence of the UNIDROIT Principles on the proposal of the reform of the Spanish Commercial Code", en CASHIN RITAINE, E., LEIN, E. (eds.), *The UNIDROIT Principles 2004. Their impact on contractual practice, jurisprudence and codification. Reports of the ISDC colloquium (8/9 June 2006)*, Schulthess, Zürich, pp. 226 y 227, "[a]rticles 65 and 66 regulate damages. They replicate (including again references to 'reasonability') articles 7.4.1 (right to damages), 7.4.2 (full compensation), 7.4.5 (proof of harm in case of a replacement transaction), 7.4.6 (proof of harm by current price) and 7.4.13 (agreed payment for non-performance, which details the rule that already exists in article 56 of the Spanish Code of Commerce). We may reasonably assume that the UNIDROIT Principles will be used for their interpretation"; otro ejemplo de uso de los Principios UNIDROIT por parte de la doctrina para valorar la regulación del daño moral contractual en un ordenamiento nacional, lo encontramos en YUQING, Z., DANHAN, H. (2000), "The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison", *Uniform Law Review*, 2000-3, p. 438, "[i]n its treatment of

El uso que autores como MARTÍNEZ CAÑELLAS realizan de los principios UNIDROIT para la interpretación de normas mercantiles es un motivo más para sostener la viabilidad del resarcimiento del daño moral en los incumplimientos de contratos de compraventas mercantiles. Además, en lo que respecta a nuestro Derecho nacional, esta corriente doctrinal que apoya el uso de los Principios para interpretar el Derecho interno se encuentra reforzada por el propio Tribunal Supremo<sup>413</sup>.

Continuando con la determinación de la existencia del daño moral, debemos indicar que los Principios limitan en su artículo 7.4.3<sup>414</sup> el resarcimiento de cualquier clase de daño a aquellas situaciones en las que exista certeza del daño producido, debiendo quedar al arbitrio del juez la determinación de la indemnización en aquellos casos en los que la cuantía indemnizatoria no pueda establecerse con suficiente grado de certeza<sup>415</sup>.

---

*compensation for loss, the new Chinese law does not go as far as the UNIDROIT Principles in Articles 7.4.2 (Full compensation), 7.4.3 (Certainty of harm), 7.4.4 (Foreseeability of harm), 7.4.5 (Proof of harm in case of replacement transaction), 7.4.6 (Proof of harm by current price). For example, the new Contract Law does not touch upon issues such as future harm or loss of a chance, which are contemplated by the UNIDROIT Principles as a compensable loss, although when the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, it is left to the discretion of the court. Likewise, the new Contract Law is silent on compensation for non-pecuniary harm, unlike the UNIDROIT Principles which explicitly point out that harm sustained as a result of non-performance may indeed be non-pecuniary and include physical suffering or emotional distress”; OVIEDO ALBÁN, J. (2002), “Los principios Unidroit para los contratos internacionales”, *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, N° 11, p. 124, “[s]e ha señalado, además, cómo los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los principios de UNIDROIT para la preparación de una nueva legislación, en el campo de las reglas generales de los contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas; se observa también que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o que hablen lenguajes distintos podrían usar dichos principios como una guía para elaborar sus contratos. Según se afirma en la presentación a dichos Principios, se convertirán éstos en una fuente conveniente para los árbitros, especialmente cuando sean llamados a decidir como amigables componedores, conforme a los “usos y costumbres del comercio internacional”, o a la *lex-mercatoria*, recurrir a un grupo de reglas las cuales son el resultado de una intensiva investigación y prolongadas deliberaciones”.*

<sup>413</sup> A modo de ejemplo, la anteriormente citada Sentencia número 366/2010 de 15 de junio, FJ. 6º, “[l]a inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento se prevé también en los Principios sobre contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT (artículo 7.4.2)”.

<sup>414</sup> Art. 7.4.3 Principios UNIDROIT: “(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza. (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca. (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento”.

<sup>415</sup> Sobre la discreción que el artículo 7.4.3 proporciona a los tribunales, MCKENDRICK, E. (2009), “Comentario al art. 7.4.3 PICC”, en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, p. 882, “[w]here the amount of the damages cannot be established sufficient degree of certainty, the assessment of damages is stated to be ‘at the discretion of the court’. The Official Comment refers to an ‘equitable quantification of the harm sustained’ but does not guide any guidance as to the way in which this discretion should be exercised. Thus the discretion conferred upon a tribunal is a substantial one and it is impossible to provide any guidance as to the way which a tribunal will exercise it. The most that can be said is that the parties should endeavour to quantify the casual link between the harm and the non-performance as precisely as possible. The evidence provided by the parties

Es precisamente esta referencia a la discreción del juez lo que implica que TALLON sostenga que “[l]a reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y toca a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación íntegra. Los tribunales no sólo pueden reclamar el pago de una compensación monetaria, sino también otras formas de reparación, tales como la publicación de un aviso o noticia en un periódico determinado (*v.gr.* en el caso de violar la cláusula que prohíba la competencia o la reapertura de un negocio, la difamación, etc.)”<sup>416</sup>.

A efectos prácticos, se observa que los Principios optan por la misma posición que la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales que recogen de forma expresa

---

*should be the starting point for the tribunal when deciding how to exercise its discretion because the discretion must be exercised ‘within the confines of a scrupulous examination of the evidence presented by the parties’. A tribunal can also be expected to take account of a wide range of additional factors, including the nature of the loss suffered and the conduct of the parties. However, a tribunal exercising this discretion is still operating within the framework of the PICC and must avoid acting as an amiable compositeur. That said, it is not possible to identify from the reported cases the factors which tribunals are going to take into account in the exercise of their discretion; the accounts of the cases tend to be too sparse for such an exercise to be carried out”.*

<sup>416</sup> TALLON, D. (2004), “Comentario al art. 7.4.2 PICC”, en INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (editor), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Aranzadi, Navarra, p. 244; de manera similar, MORÁN BOVIO, D. (1998), “Comentario al art. 7.4.2 Principios UNIDROIT”, en MORÁN BOVIO, D. (coordinador), *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Aranzadi, Navarra, pp. 359 y 360, “[l]a admisión de lo que en nuestro país suele denominarse como *daños morales*, para que conformen el montante de la reparación integral, es una novedad que, en el ámbito del derecho de los negocios habrá de encontrar considerables problemas de prueba; ya que, el que sean reclamables, no excluye que hayan de probarse: el régimen de los daños morales, como el de los demás, es el tradicional: incumplimiento de una parte, relación de causalidad con el daño (moral, en este caso), importe de los daños causados que configuran el *quantum indemnizatorio*”; VIGURI PEREA, A. (2007), *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado (derecho español, derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convención de Viena)*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, pp. 229 y 230, “[e]l artículo 7.4.2 (2) de los Principios se ocupa de la trascendente cuestión del daño no patrimonial aceptando su aplicación, como asimismo ocurre en la Convención (lo que, en la versión inglesa, se conoce como “*the loss, including loss of profit*” –valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener- si bien, al no ser aplicable a la compraventa de bienes para uso personal, familiar o doméstico, ni a la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales provocadas por las mercaderías a cualquier persona, se descarta tal posibilidad) e incluso en el Derecho español, a pesar de la existencia de disposiciones tales como el artículo 1106 del Código Civil. Corresponderá a los tribunales resolver la manera más adecuada de lograr la reparación integral, bien en conjunción con la compensación del daño material, reparación monetaria, o bien simplemente mediante otras fórmulas como puede ser, por ejemplo, a través de publicaciones en prensa de rectificaciones, por haber incurrido en intromisiones ilegítimas (intimidad personal, difamación, propia imagen) o conculcando cláusulas que prohíben la competencia (*verbi gratia*, sobre reapertura de negocio)”; OSER, D. (2008), *The Unidroit Principles of international commercial contracts: a governing law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, p. 10, “[a]nother rule that has been exposed to objections is Article 7.4.2 (2), according to which a party may request compensation for non-pecuniary harm. Mostly it is held that this rule goes beyond what is recognized in most domestic laws and that it will be eminently difficult to value non-pecuniary harm in monetary terms”.

el resarcimiento del daño moral contractual y que hemos analizado a lo largo del presente trabajo, es decir, los Principios se limitan únicamente a reconocer la posibilidad de indemnizar estos daños derivando la labor de valoración de prueba y de fijación del *quantum* resarcitorio al órgano juzgador que corresponda en cada situación concreta<sup>417</sup>.

A lo que debemos sumar, que el artículo 7.4.4 recoge que “[l]a parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”<sup>418</sup>, aunque a diferencia que el artículo 1107 del Código Civil y que el artículo 9:503 de los PECL y el artículo 3:703 del DCFR, no se recoge como excepción al requisito de la previsibilidad del daño aquellas situaciones en las que pudiera probarse la existencia de dolo en la actuación del deudor.

En nuestra opinión, que en el articulado de los Principios se recoja, por un lado, el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de contrato y, por otro lado, la exigencia de que el daño haya podido ser previsto como consecuencia del incumplimiento, nos lleva a reafirmar la idea de que el requisito de previsibilidad no tiene por qué suponer la

---

<sup>417</sup> Un ejemplo de lo indicado lo encontramos en el *Abstract* del Laudo arbitral de Chongqing Peiling District People’s Court (China) de fecha 00.00.29: “*Plaintiffs, two Chinese individuals, concluded a contract with Defendant, a Chinese individual, to help them in the preparation of their wedding and to film the ceremony. Due to a technical defect of its equipment in Defendant’s video only part of the wedding ceremony was filmed, prompting Plaintiff to sue Defendant for breach of contract and compensation for moral damages. The First Court of Instance decided in favor of Plaintiffs on the ground of breach of contract and ordered Defendant to pay compensation for moral damages. Note: The case was analyzed in an article written by a judge from the First Court of Instance. When analyzing whether the compensation for moral damages should be paid to Plaintiffs, the judge referred to article 7.4.2 in UNIDROIT Principles (1994) and its comments which in his view supported the Court’s decisions.*”

<sup>418</sup> MARRELLA, F. (2003), *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, CEDAM, Milán, p. 717, “[u]n apposito principio stabilisce, poi, che, in caso di inadempimento, la parte inadempiente è responsabile solo per il danno che ha previsto o poteva ragionevolmente prevedere al momento della conclusione del contratto come possibile conseguenza del proprio inadempimento”; TALLON, D. (2004), “Comentario al art. 7.4.4 PICC”, en INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (editor), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Aranzadi, Navarra, p. 246, “[e]l principio de que el daño resarcible se limita a aquél que pudo ser previsto se corresponde con la solución adoptada por el artículo 74 de CISG. Esta limitación se refiere a la naturaleza misma del contrato: no todos los perjuicios que deje de percibir la parte perjudicada se relacionan directamente con el contrato. La parte incumplidora no debe cargar con la reparación de perjuicios que no pudo prever al momento de celebrar el contrato, ni con los riesgos que, por esa razón, no pudo contemplar cubrir con un seguro. Los requisitos de previsibilidad deben ser analizados simultáneamente con los de la certeza del daño establecidos en el Art. 7.4.3”; MCKENDRICK, E. (2009), “Comentario al art. 7.4.4 PICC”, en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, p. 888, “[t]he harm must have been ‘likely to result’ from the non-performance. This is in contrast to the phrase used in Art 74 CISG where the loss must have been a ‘possible consequence’ of the breach. What difference is there between these two test? It is difficult to provide a clear-cut answer to this question because it is a question of degree. ‘Likely to result’ seems to connote a higher degree of probability than a mere possibility. Thus the scope of liability under the PICC may be more restrictive than is the cause under the CISG. The English courts have tied themselves in terminological knots over this issue but it is an area where precision is almost impossible, given that the test is acutely sensitive to the facts and circumstances of the individual case”.



inadmisión de los daños no patrimoniales, a diferencia de lo que, como vimos en el epígrafe correspondiente, algunos autores sostenían al interpretar el artículo 74 de la CISG.

Todos los artículos señalados son interpretados de una forma prácticamente literal por las diferentes resoluciones de los Organismos arbitrales y judiciales que hemos analizado, en los que se entiende que los Principios contemplan el resarcimiento íntegro del daño padecido, que éste daño debe ser consecuencia del incumplimiento del contrato, que debe ser probado por la parte que reclama su resarcimiento y que el mismo debe ser previsible, siendo el órgano juzgador el encargado de valorar la existencia de éste y la cuantía y forma de su reparación<sup>419</sup>.

---

<sup>419</sup> Por todos, Laudo de 30 de noviembre de 2006 del Centro de Arbitraje de México, puntos 163 a 177, “i) [d]años resarcibles: reparación integral 163. Los daños resarcibles bajo los Principios Unidroit son aquellos que sitúen de vuelta a la víctima del incumplimiento en la situación que hubiera tenido de no haberse presentado el incumplimiento. En términos más sencillos, los Principios Unidroit permiten *restitutio in integrum*: la parte agraviada tiene derecho a una reparación integral. Así lo establece el artículo 7.4.2: (...) 164. Pero la ‘reparación integral’ no debe enriquecer a la víctima del incumplimiento, sólo compensarla por la merma en su patrimonio derivada del mismo. Es decir, una correcta cuantificación de daños no debe ni empobrecer ni enriquecer a la víctima, sólo propiciar el *statu quo* que hubiera existido de no ocurrir la violación. ii) Cuantificación 165. La Actora tiene derecho a la reparación integral, sujeto a que pruebe su monto. Para cuantificar sus daños ha tomado como base la comisión que hubiera obtenido si el contrato se hubiera cumplido: 17% del precio de venta de los productos. Dicha comisión ha sido multiplicada por el número de ventas contractualmente pactadas al precio promedio corriente en el mercado de Los Ángeles, según es publicado por <http://marketnews.usda.gov/portal/fv>, el cual es un sitio de Internet que refleja los precios del mercado de frutas y legumbres del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos. 166. Dado que la Demandada no ha presentado observaciones sobre dicho ejercicio de cálculo, el Tribunal no tendría porqué *motu proprio* cuestionar el mismo. Sin embargo, por razones de exhaustividad, el Árbitro Único ha visitado la página y verificado los precios, y coincide con los mismos. (...) 169. A continuación se analizará si dicho monto reúne los demás requisitos bajo los Principios Unidroit para ser concedidos: certeza en su generación, si existe un vínculo causal entre el incumplimiento y el daño, y si los mismos son previsibles. iii) Certeza y causalidad 170. Para que el daño sea resarcible, debe derivar del incumplimiento alegado. Es decir, no solo debe ser posible o probable que se genere, sino que tiene que existir certeza de ello. 171. En opinión del Tribunal, no parece existir duda razonable sobre la generación de las cantidades que la Actora reclama. Derivan de comisiones frustradas de ventas que encuentran como origen la obligación contractual de suministrar un volumen determinado, que iban dirigidas a un mercado existente y voraz. Un escenario muy distinto sería que no existiera un contrato que los respaldara, que se tratara de un producto raro, nuevo o de aceptación cuestionable, o dirigido a un mercado esporádico (v.gr., época navideña) o incierto (de un nuevo producto). En estos casos habría motivos para cuestionar el que el mercado consumiera las ventas por las cuales la comisión se está demandando. Pero tratándose de un producto existente, que es común y de consumo habitual, con una demanda generalizada en un mercado grande (Los Ángeles) y con un historial verificable, en opinión del Tribunal no existe razón alguna (y ninguna ha sido traída a su atención) para dudar que el mercado de Los Ángeles de frutas y legumbres haría las veces de un (poderoso) imán: atraería las ventas que las partes previeron y pactaron. Por ende, no existe elemento alguno de especulación. 172. Por ello, en opinión del Tribunal, las ventas perdidas con toda probabilidad hubieran tenido lugar, y la comisión se hubiera causado. 173. Por las razones indicadas, el Tribunal concluye que los daños generados y cuyo resarcimiento solicita la Actora no son especulativos. iv) Previsibilidad 174. Para ser recobrables, los daños deben ser ‘previsibles’. La previsibilidad de los daños tiene una definición particular bajo los Principios Unidroit; implica que sean ‘razonablemente observables por una persona diligente’. La pregunta entonces se torna en si los daños que la Actora dice que sufrió eran razonablemente previsibles

Por cuanto se ha visto, puede concluirse que al igual que los demás instrumentos de modernización del Derecho analizados, los autores de los Principios UNIDROIT consideraron necesario incluir expresamente el resarcimiento del daño moral contractual, lo que en este caso concreto implica el reconocimiento de la necesidad de resarcir estos daños también en el ámbito de la contratación mercantil.

### **5.5 Propuesta de Reglamento de Derecho Común de Ventas en Europa (*The Common European Sales Law*)**

El artículo 159 de *The Common European Sales Law*<sup>420</sup> (CESL) indica: “1. El acreedor tendrá derecho a percibir una indemnización por las pérdidas derivadas del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que pueda justificarse el incumplimiento. 2. Las pérdidas futuras que el deudor puede esperar también darán derecho a una indemnización por daños y perjuicios”<sup>421</sup>.

Por otro lado, el artículo 160 contempla: “El cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente la obligación, o de no ser posible, en una posición lo más parecida posible. La indemnización

---

para el DEMANDADO al momento de la celebración del contrato.<sup>175</sup> En opinión del Tribunal la respuesta es afirmativa.<sup>176</sup> Todas las cifras que la Actora ha utilizado están expresamente pactadas en el Contrato, y se han limitado al periodo de un año (la duración del Contrato). Ante el pacto expreso en el Contrato que en forma voluntaria negoció y celebró un experto en la materia en cuestión, es difícil pensar que no era previsible que las ventas que el incumplimiento del Contrato frustraría son justamente aquellas por las que se comprometió a suministrar. v) Facultad subsidiaria del Tribunal para cuantificar los daños.<sup>177</sup> El artículo 7.4.3 de los Principios Unidroit otorgan la facultad al Tribunal de cuantificar la indemnización por daños y perjuicios cuando los mismos no puedan establecerse con suficiente grado de certeza”.

<sup>420</sup> Esta propuesta de Reglamento ha sido retirada en 2014. El Anexo de la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones de 16 de diciembre de 2014, donde se contempla el programa de trabajo de la Comisión de 2015, recoge como razones de la retirada o modificación de la CESL: “Propuesta modificada para liberar plenamente el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital”. Es por ello, que esta Propuesta, que comenzó siendo un instrumento de modernización de Derecho privado, ha sido sustituida por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes.

<sup>421</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2013), “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, p. 211: “Aunque la normativa común parece regular «sólo» el contrato de compraventa y los servicios relacionados, los 86 primeros artículos son una «teoría general» aplicable a cualquier contrato; y a partir de ahí, incluso muchos capítulos regulan cuestiones generales que no se refieren únicamente a la compraventa y a los servicios, como la indemnización de daños y perjuicios e intereses, la obligación de restitución, y las reglas sobre prescripción (arts. 159 a 186). Todas estas reglas se basan en la Convención de Viena, en los Principios Unidroit, en los Principios Lando, en el DCFR, en los Principios *Acquis* y en otros textos que recogen las propuestas de una moderna regulación de la teoría general de obligaciones y contratos”.

cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener”.

Como puede apreciarse, la CESL no contempla en estos dos artículos ninguna referencia a los daños morales, no patrimoniales o no económicos. Sin embargo, el artículo 2 donde se encuentran las definiciones de los principales términos recogidos en esta norma expone en su apartado c): “«pérdida»: pérdida económica y pérdida no económica en forma de dolor y sufrimiento, excluidas otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute”.

Sobre esta definición del concepto daño que se realiza en el artículo 2, SCHULTE-NÖLKE comenta que las pérdidas no económicas se encuentran cubiertas solamente cuando puedan indentificarse con dolor o sufrimiento. Otras formas de pérdidas no económicas tales como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida de disfrute no podrían ser compensadas a través de la CESL<sup>422</sup>.

Ciertamente, resulta extraño que los autores de este instrumento de modernización hayan decidido limitar los supuestos en los que cabe indemnizar el daño moral contractual en el propio articulado de esta norma, en primer lugar, porque supone ir en contra del principio de reparación íntegra, en segundo lugar, porque es una limitación que no ha sido recogida en ninguno de los otros sistemas analizados en este capítulo (es más, contradice la redacción del artículo 3:701 del DCFR) y, en tercer lugar, porque implica ir en contra de la evolución de los principales ordenamientos jurídicos europeos, tanto de *civil law* como de *common law*, así como de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, pues no olvidemos que si existe un supuesto en el que ha surgido una creciente armonización en la admisión y resarcimiento de estos daños es en los “inconvenientes” que genera un retraso en el transporte aéreo de pasajeros o en la frustración de unas vacaciones por diversos motivos. Por lo tanto, nos encontramos ante una regresión en la protección de la figura del consumidor, pese a que en el derecho comunitario la defensa de esta figura siempre ha ocupado un lugar privilegiado. Así, MOŽINA sostiene que es evidente que se ha reducido la posibilidad de reclamar daños morales en los contratos de ventas transfronterizas. Este

---

<sup>422</sup> SCHULTE-NÖLKE, H. (2012), “Comentario art. 2 CESL”, en SCHULZE, R. (editor), *Common European Sales Law (CESL) –commentary–*, C. H. Beck Hart Nomos, Baden-Baden, pp. 17 y 18, “[t]he main function of this definition is to clarify that, and to what extent, non-economic loss is included where the CESL (P) refers to losses suffered or to damages for such losses. The drafters have opted for a solution somewhat in between two extremes: In general, non-economic losses are covered, but only where they can be subsumed under ‘pain and suffering’. Other forms of non-economic loss such as impairment of the quality of life and loss of enjoyment are not included and can therefore not be compensated. The fact that loss of enjoyment is excluded means that where a purchaser has bought a pair of skis under the CESL (P) and they are not in conformity with the contract, one cannot claim compensation merely for having lost the joy of a full skiing day. It is an open question whether claims can be made because of frustrated expenditure, e.g. because one bought a lift pass for the day. But the purchaser certainly has a claim if a pair of skis had to be rented instead, because the cost of those skis is an economic loss. What is much less clear is what is meant by ‘impairment of the quality of life. Possibly, it is just another term for ‘loss of enjoyment’, eg where a TV set does not work and thus the ‘quality of life’ is impaired for a certain period. A more plausible explanation is that it excludes concepts such as loss of amenity or the italian ‘danno biologico’. However, this will have to be clarified in the recitals”.

autor considera que si el propósito de un contrato de venta es también la satisfacción de un interés no económico y este interés también se encuentra reflejado en el precio es difícil argumentar los motivos por los que el acreedor no podría reclamar daños y perjuicios por las pérdidas no patrimoniales. Además, MOŽINA resalta que en los Estados miembros en los que sí es posible indemnizar por el deterioro en la calidad de vida o pérdida de disfrute resultante de un incumplimiento de contrato, la exclusión de esta posibilidad en la CESL causaría una reducción del nivel de protección de los consumidores<sup>423</sup>.

Por otro lado, al igual que el resto de instrumentos analizados, la CESL opta por incluir el requisito de la previsibilidad del daño. De esta forma, su artículo 161 expresa: “El deudor será responsable únicamente de las pérdidas que previó, o cabía esperar que previera, en el momento en que se celebró el contrato como resultado de un incumplimiento”.

Como es posible observar, la CESL opta por extender el requisito de la previsibilidad del daño incluso a aquellas situaciones en las pudiera haber existido dolo en la actuación del deudor, aproximándose más al artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT o al artículo 74 de la CISG, y no a los artículos 9:503 de los PECL o al artículo 3:703 del DCFR<sup>424</sup>.

En cualquier caso, de manera similar a los argumentos que exponíamos al analizar el artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT, el hecho de que la propia CESL contemple en la definición del concepto de daño a los daños no económicos (pese a la limitación que se ha recogido expresamente sobre los mismos), es una muestra más de la compatibilidad entre

---

<sup>423</sup> MOŽINA, D. (2012), “Comentario art. 160 CESL”, en SCHULZE, R. (editor), *Common European Sales Law (CESL) –commentary–*, C. H. Beck Hart Nomos, Baden-Baden, pp. 644 y 645, “[a] mere definition of ‘non economic loss’ as including ‘loss in the form of pain and suffering’ but excluding ‘other forms of non-economic loss such as impairment of the quality of life and loss of enjoyment’ in art 2 (c) RegCESL (P) does not give enough guidance to a tribunal to know which forms of non-economic loss are recognised and to distinguish them from non-recognised forms. By excluding ‘other forms of non-economic’ the legislator evidently aimed at reducing the possibility of claiming damages for non-material loss in cross-border sales contracts. However, if the purpose of a contract of sale is also the satisfaction of a non-economic interest, e.g. in the case of a wedding dress (cf no 6), and this interest is also reflected in the (higher) price, then it is difficult to see why the creditor should not be able to claim damages for non-economic loss in the form of a loss of enjoyment, provided that such loss was foreseeable by the debtor. The amount of damages awarded for such loss is a different question and must be treated separately from the question of whether such loss is recognised. The CESL (P) needs a more comprehensive concept of non-economic loss, one that offers integral protection to the buyer. Furthermore, in the Member States where damages are awarded for loss consisting of impairment of the quality of life or loss of enjoyment as a consequence of a breach of a (sales) contract, their exclusion in the CESL (P) would cause a reduction in the level of consumer protection. This will certainly not contribute to the attractiveness of the CESL (P)”.

<sup>424</sup> En este sentido, MOŽINA, D. (2012), “Comentario art. 161 CESL”, en SCHULZE, R. (editor), *Common European Sales Law (CESL) –commentary–*, C. H. Beck Hart Nomos, Baden-Baden, pp. 645 y 646, “[t]he principle of limiting liability for damages to foreseeable loss is widely accepted in modern international and European projects on uniform contract law. Art 161 is based on art. III.-3:703 DCFR and art 9:503 PECL, however, with some differences. Unlike the DCFR and PECL, the liability under the CESL (P) is limited by foreseeability even when the breach was intentional, reckless, or grossly negligent. The same approach is taken by art 74 CISG and art 7.4.4 UNIDROIT PICC. Furthermore, the text on the CESL (P) seems to indicate that a higher degree of foreseeability is required than under the DCFR, PECL and UNIDROIT PICC. In the existing EU law as well as in the ACQP there is no provision on foreseeability of loss”.

el requisito de la previsibilidad del daño y del resarcimiento del daño moral contractual cuando éste pueda ser probado.

Por todo lo indicado, puede concluirse que la CESL recoge el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de contrato siempre y cuando el mismo no derive de situaciones de “*impairment of the quality of life and loss of enjoyment*”, lo que en nuestra opinión supone una regresión en la evolución legislativa de los principales ordenamientos europeos nacionales, así como un paso atrás en la protección del consumidor que tanto el Derecho comunitario como sus órganos judiciales han ido desarrollando a lo largo del tiempo, desprotección del consumidor que algunos autores han asociado de forma general a la totalidad del articulado de la CESL<sup>425</sup>, no solamente al daño moral contractual que supone el objeto de

---

<sup>425</sup> Es posible encontrar autores que sostienen que la CESL en general puede suponer un detrimento en las garantías del consumidor que los ordenamientos jurídicos nacionales recogen. A modo de ejemplo: FERNÁNDEZ MASÍÁ, E. (2012), “Optando por la normativa común de compraventa europea. *Opting for the Common European Sales Law*”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 23 ([www.reeig.org](http://www.reeig.org)), p. 7, “[p]or lo que se refiere a los requisitos que se establecen en relación a que el acuerdo de sometimiento a la NCCE sea considerado válido, la Propuesta de Reglamento establece una serie de cautelas en los supuestos de contratos de consumo. En efecto, y teniendo muy presente que en la práctica en dichos contratos no existe ningún tipo de negociación entre las partes y será el empresario quién propondrá la utilización de la NCCE, se busca que en tal caso los consumidores sean plenamente conscientes del hecho que están aceptando utilizar un régimen jurídico distinto al de las disposiciones sobre consumo contenidas en su legislación nacional”; CRAFT, E. (2012), “Perfecting the single market through optional law: The Common European Sales Law”, *Mondaq Business Briefing*, enero 2012 (<http://vlex.com>), p. 3, “[t]he Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations (EC 593/2008) makes it clear that parties have a freedom of Choice to determine the law under which they are to contract. Article 6 (2) of the Rome I Regulation allows a trader to enter into cross-border contracts under its own law, whilst giving a consumer the protections available to it under the laws of the member state of the consumer. Accordingly the Rome I Regulation strikes a pragmatic compromise which gives certainly to the trader and appropriate protections to the consumer. The CESL would need to be structured in a manner to be compatible with this regulation; at the moment it is not and is clearly not a recognised system of law under it”; ESTEBAN DE LA ROSA, F., OLARIU, O. (2013), “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *Indret* 1/2013 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 27, “[u]na vez admitido que el instrumento opcional puede suponer una rebaja de la protección del consumidor respecto de lo dispuesto por el Derecho nacional, convendría tener en cuenta este aspecto a fin de establecer obligaciones de información que permitan al consumidor hacer una opción verdaderamente informada sobre las consecuencias de optar por su Derecho nacional o por el instrumento opcional, a fin de evitar que la rebaja en la protección no sea conocida por el consumidor y ello se haga bajo un logo europeo, generando el llamado dumping social”; En contra: BUSCH, C., DOMRÖSE, R. (2012), “From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law. The Development of European Consumer and Market Law in 2011”, *Journal of European Consumer and Market Law*, enero 2012, Volume 1, Issue 1, p. 51, “[t]he substantive provisions of the CESL are marked by a comparatively high level of consumer protection. For example, in case of non-conformity of the goods, the consumer may immediately terminate the contract unless the lack of conformity is insignificant (Art 106 Para 1 lit c, Art 114 Para 2). In other words, the consumer is not obliged to accept the seller’s offer to cure the non-conformity. Another example of the consumer friendly approach taken by the CESL is Art 45 Para 4. According to this provision, the consumer is not liable to pay any compensation for the use of the goods during the withdrawal period. This provisions deviates from the rule set up by the CJEU in the “Messner” case.<sup>11</sup> There, the Court decided that the consumer had to compensate the business where he had made use of the goods “in a manner incompatible with the principles of civil law, such as those of good faith or unjust enrichment”. The solution adopted by the CESL is not only more consumer friendly, it also creates more legal certainty”;

este trabajo. No sería de extrañar que todo lo señalado pueda implicar, como hemos visto que sostiene MOŽINA, un motivo para que las partes se decanten por utilizar cualquier otro de los instrumentos de modernización analizado en este capítulo en lugar de emplear la CESL.

### **5.6 Conclusiones en relación con la regulación del daño moral contractual en los instrumentos de modernización del Derecho privado**

En el articulado de todos los instrumentos de modernización analizados se recoge una definición del daño en la que se hace referencia al daño moral. Para la redacción de estas definiciones, se han seguido los siguientes criterios:

I.- Mencionar únicamente que entre los daños indemnizables se encuentran los de naturaleza no patrimonial.

II.- Indicar que entre los daños indemnizables deben reconocerse los daños morales, reconociéndose en el articulado una serie de supuestos que, de acontecer, supondrían que nos encontrásemos ante la existencia de estos daños.

III.- Especificar de manera general qué clase de perjuicios son los que incluyen el concepto de daños no económicos. Esta opción puede ayudar a determinar si nos encontramos o no ante un daño moral con entidad suficiente para ser estimado y resarcido.

IV.- Contemplar la posible existencia de daños morales, limitándola a unos supuestos concretos.

En el primer grupo de casos se encontrarían los PECL, en el segundo los PETL, en el tercero el DFCR y los PICC, y en el último grupo la CESL. Aunque todos los criterios que han sido empleados posibilitan el reconocimiento del daño moral por incumplimiento del contrato (incluso en los PETL pese a que este instrumento se encuentra dirigido a la regulación de la responsabilidad extracontractual), optar por una u otra posibilidad puede conllevar diferentes consecuencias.

Así, el simple reconocimiento de los daños no patrimoniales disiparía cualquier duda al juzgador competente sobre la posibilidad de estimar y resarcir daños de esta naturaleza, aunque no se le concede ningún medio para determinar su existencia. Por el contrario, optar por aclarar de manera general qué puede entenderse por daños extrapatrimoniales o indicar una serie de supuestos que seguramente originen estos daños facilitaría la labor juzgadora sin inmiscuirse en la misma. Efecto distinto, a nuestro entender, tendría la

---

EDUCATE, M. (2013), "The Common European Sales Law's compliance with the subsidiarity principle of the European Union", *Chicago Journal of International Law* (<http://vlex.com>), p. 2, "[t]he CESL emphasizes both uniform background contract in crossborder transactions. The CESL emphasizes both uniform background contract rules and stronger consumer protections to incentivize both traders and consumers to participate in the regime".

posibilidad de limitar los supuestos en los que se puede estimar la existencia de daños no económicos, pues esta opción supondría que nos encontrásemos ante una limitación del principio de reparación íntegra del daño.

La segunda conclusión que obtenemos de este análisis es que en los artículos de los instrumentos de modernización dirigidos a la regulación de la responsabilidad contractual se opta por recoger el requisito de la previsibilidad del daño. La redacción de este requisito varía en los PICC y en la CESL debido a que no contemplan como excepción aquellas situaciones en las que pudiera probarse la existencia de dolo en la actuación del deudor. Así, estos dos instrumentos se aproximan más en este aspecto al articulado de la CISG que los PECL y el DCFR que, por el contrario, han elegido como referencia el texto de códigos civiles de *civil law* como el francés o el español.

Como hemos señalado, sin olvidar que el requisito de la previsibilidad ha sido objeto de controversia en parte de la doctrina, en el caso concreto del daño moral por incumplimiento del contrato una aplicación estricta de esta limitación podría dificultar su resarcimiento en gran parte de las situaciones en las que sí es admitido por los tribunales nacionales de los diferentes Estados.

En cualquier caso, el hecho de que en todos estos instrumentos de modernización del Derecho privado se haya considerado necesario aclarar que entre los daños indemnizables se encuentran también los de naturaleza no patrimonial es un indicativo de que el daño moral por incumplimiento del contrato debe ser estimado y resarcido cuando se den las circunstancias precisas para ello.

## ***CAPÍTULO 6. LA CONSIDERACIÓN DEL DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA***

### **6.1 Introducción**

Como se ha constatado en el estudio realizado hasta ahora, las referencias en el ordenamiento jurídico español al daño moral son mínimas. Y si dirigimos nuestra mirada al ámbito contractual podemos afirmar con total seguridad que son prácticamente inexistentes. Esta escasez que caracteriza a la regulación de los daños extrapatrimoniales en nuestro Derecho conlleva que sean los tribunales quienes, lógicamente, hayan reparado esta laguna legal. Por ello, hemos considerado imprescindible dedicar un capítulo completo a aquellos supuestos en los que la jurisprudencia española ha admitido la apreciación del daño moral contractual, ya que el estudio individualizado de cada uno de estos casos es la única vía para determinar en base a qué criterios es apreciada su existencia.

El estudio de esta jurisprudencia permite observar que los casos en los que los tribunales españoles admiten el daño moral contractual presentan la característica común de prescindir de una aplicación literal de los límites que plantea el artículo 1107 del Código Civil cuando el deudor hubiera actuado con buena fe. Nuestros tribunales centran su actividad en la valoración de los supuestos particulares que se presentan en cada incumplimiento contractual concreto, relegando a un segundo plano la necesidad de evaluar si el daño moral sufrido hubiera sido previsto o hubiera podido preverse.

De entre todas las situaciones que recoge la jurisprudencia española, hemos decidido empezar por el estudio del daño moral por pérdida de viaje y/o vacaciones ya que la apreciación de daños no patrimoniales en estos casos parece ser admitida no sólo a nivel nacional, sino también a nivel europeo, como atestigua la célebre Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2011. Asimismo, dentro de este apartado hemos entendido procedente valorar la actitud de la Administración Pública con respecto a las reclamaciones por daño moral que efectuaron en vía administrativa los pasajeros afectados por el cierre del espacio aéreo que nuestro país padeció en diciembre de 2010 y que derivó en que el Gobierno de España decretase el estado de alarma por primera vez desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Seguidamente, continuaremos valorando el tratamiento otorgado al daño moral por incumplimiento de contrato de propiedad intelectual, por incumplimiento de servicios funerarios, por pérdida de oportunidad de abogado y procurador, por incumplimiento de contrato de cambio de moneda, por defectos y vicios de construcción, el daño moral en el Derecho de familia, el ocasionado por incumplimiento del contrato de servicios médicos, por incumplimiento de auditor de cuentas, por incumplimiento de contrato de seguro, por incumplimiento de contrato laboral y por incumplimiento de compraventa mercantil. Como se puede observar, parte de las situaciones en las que los tribunales han posibilitado



el resarcimiento de daños morales contractuales poseen la característica común de que quien los padece puede revestir la posición de consumidor.

Tras el estudio de todos los supuestos indicados, el capítulo finaliza con una especial mención a las situaciones de indemnización simbólica del daño moral y con un análisis del posicionamiento doctrinal que entiende el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales como un castigo hacia sus autores.

## **6.2 Grupos de casos tratados por la jurisprudencia española**

### **6.2.1 Daño moral por pérdida de viaje y/o vacaciones**

#### **6.2.1.1 Retraso de vuelo**

Dentro de todas las actividades que engloba el transporte aéreo el estudio que se realizará a continuación se centrará únicamente en el transporte aéreo de pasajeros, encontrándose este tipo de transporte regulado por el Convenio de Montreal que entró en vigor en España el 28 de junio de 2004. Este Convenio supuso la entrada en vigor en nuestro país del Reglamento (CE) N° 889/2002, y la relegación a efectos prácticos de la legislación interna española a un segundo plano (Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea) en lo que a materia de transporte aéreo de pasajeros se refiere<sup>426</sup>. Junto a la normativa señalada hay que incluir el Reglamento (CE) N° 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (derogando este Reglamento al Reglamento (CE) N° 295/1991) y el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 que seguirá rigiendo en aquellos supuestos en los que el país de origen y el país de destino del transporte sean firmantes del mismo y no hayan aprobado el Convenio de Montreal.

Lo primero que debemos indicar es que ninguna de las normas mencionadas recoge referencia alguna en su texto al daño moral, por lo que es necesario estructurar el estudio del mismo en las pérdidas de viaje y/o vacaciones según aquellos casos concretos en los que la jurisprudencia admite los daños extrapatrimoniales.

Uno de los supuestos lo encontramos en aquellos daños morales que la jurisprudencia reconoce como consecuencia del retraso en el transporte aéreo de pasajeros. Pero antes de entrar a estudiar estas resoluciones judiciales es preciso que nos detengamos en las indemnizaciones que recoge la normativa existente. Más concretamente, sobre los retrasos

---

<sup>426</sup> GUERRERO LEBRÓN, M. J. (2005), *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 204: "Puesto que el Reglamento (CE) n° 889/2002 ha ampliado el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n° 2027/1997 a los supuestos de retraso, el régimen del CM que acabamos de ver se aplica, desde su entrada en vigor para la Comunidad, no sólo a todo el transporte internacional, conforme a la definición que de este concepto se hace en el propio Convenio, sino también a cualquier transporte aéreo realizado por una compañía aérea comunitaria, con independencia de que el trayecto seguido sea nacional o internacional".

en el embarque de pasajeros el Reglamento (CE) N° 261/2004 expone en su artículo 7.1 el siguiente sistema de indemnizaciones: a) 250 euros para vuelos de hasta 1 500 kilómetros; b) 400 euros para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1 500 kilómetros y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; c) 600 euros para todos los vuelos no comprendidos en a) o b). Para el cálculo de las anteriores indemnizaciones la distancia se determinará tomando como base el último destino al que el pasajero llegara con retraso en relación con la hora prevista por la denegación de embarque o por la cancelación del vuelo debido.

En cuanto a lo que debe entenderse por retraso, el artículo 6.1 del citado Reglamento evalúa éste según la distancia del vuelo que vaya a realizar el pasajero: a) dos horas o más en el caso de todos los vuelos de 1 500 kilómetros o menos; b) de tres horas o más en el caso de todos los vuelos intracomunitarios de más de 1 500 kilómetros y de todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kilómetros; c) de cuatro horas o más en el caso de todos los vuelos no comprendidos en las letras a) o b). A todo lo anterior debemos sumar el artículo 19 del Convenio de Montreal en el que se establece que “[e]l transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga. Sin embargo, el transportista no será responsable del daño ocasionado por retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas”.

Como puede observarse, nos encontramos ante un sistema de indemnizaciones tasadas que variarán en función de la proporción retraso-distancia del viaje que corresponda en cada caso concreto. Por cuanto se trata de indemnizaciones tasadas, cabe preguntarse en qué momento el retraso se encuentra regulado por los artículos mencionados, esto es, si esta normativa engloba el retraso ocasionado antes de subir al avión (durante el embarque de pasajeros) o durante el vuelo en sí.

La opinión mayoritaria considera que debe carecer de interés el momento en que se produjo dicho retraso, teniendo que atenderse solamente al instante en el que finaliza el viaje para así poder tener constancia exacta de la demora producida y, de esta forma, poder evaluarla conforme a las indemnizaciones anteriormente indicadas<sup>427</sup>. La postura contraria conllevaría, a nuestro parecer, la desprotección de múltiples situaciones a las que los pasajeros pueden tener que hacer frente antes de un vuelo. Pensemos en las incomodidades y dificultades que existirían para los consumidores si se vieran en la obligación de probar el momento exacto en que se produjo el retraso para poder solicitar las indemnizaciones que recoge la normativa.

---

<sup>427</sup> Por todos, GUERRERO LEBRÓN, M. J. (2005), p. 195: “Carece de interés como punto de referencia el momento en que se produzca la causa que provoca el retraso, ya que ésta, a diferencia de lo que entienden algunos, no ha de ubicarse en un período temporal concreto. Tan sólo habremos de entender, para determinar si el transportista es responsable por retraso, al momento en que finaliza el transporte, esto es, a aquél en que se produce el desembarque de los pasajeros”.

Tras exponer el sistema de indemnización por retraso de vuelo que contempla la normativa vigente, la cuestión que se plantea es cómo encuadrar en estas situaciones la indemnización de los daños no patrimoniales originados por dicha demora. Y es en este punto donde juega un papel crucial nuestra jurisprudencia al admitir el resarcimiento del daño moral en estos casos<sup>428</sup>.

El Tribunal Supremo considera compatible con el sistema de indemnizaciones tasadas en las diversas legislaciones la indemnización por daños morales sufridos por los pasajeros afectados por el retraso de un vuelo, esto es, por el retraso que supone un incumplimiento del contrato por parte de la aerolínea responsable. De este modo, se considera que el sistema de indemnizaciones contemplado en la normativa del transporte aéreo de pasajeros no excluye la posibilidad de indemnizar daños no patrimoniales por incumplimiento del contrato conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil<sup>429</sup>.

Y para que este daño moral pueda ser apreciado, el Alto Tribunal exige que se den los siguientes supuestos: que el retraso sea totalmente injustificable, considerable y que afecte de alguna forma a la psique de la víctima del mismo. Estos tres requisitos suponen que la mera molestia ocasionada por el retraso de un vuelo no implica *per se* una indemnización

---

<sup>428</sup> INFANTE RUIZ, F. J. (2011), "Cuando las vacaciones se convierten en una pesadilla", en MIURA ANDRADES, J. M. (director), *Te cuento la Navidad. Visiones y miradas sobre las fiestas de invierno*, Aconcagua Libros, Sevilla, p. 334, "[p]or lo que se refiere a los remedios jurídicos puestos a disposición del viajero para defenderse frente a los incumplimientos de las agencias o de las compañías aéreas, a pesar de las dificultades que plantea, debe cifrarse la concesión de una indemnización que le repare no sólo los perjuicios económicos sino también los daños morales. Esta vía se ha abierto paso de manera muy intensa en la jurisprudencia española en la última década. Es deseable que se mantenga, así como se proceda a una mejor precisión de los supuestos en los que la indemnización del daño moral es posible"; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R. (2015), "La responsabilidad civil del transportista en el contrato de pasaje aéreo: Especial consideración a la indemnización de los daños personales", en ORTI VALLEJO, A., GARCÍA GARNICA, M. C. (directores), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 658 y 659, "[e]n el ámbito de aplicación de la normativa convencional, la indemnización de los daños morales ha encontrado en nuestra jurisprudencia distinto alcance y justificación. En unos casos, se ha llegado a estimar dicha indemnización pero sin fundamento en una referencia expresa a dicha normativa. En otros casos, se han indemnizado los daños morales, pero afirmando que se hace fuera del marco de la normativa especial, con el argumento de que en dicha normativa no se encuentran regulados. También se indemnizan los daños morales en el ámbito de la normativa especial, pero sin aplicar los límites a la responsabilidad del transportista que en esa normativa se recoge, por referirse dichos límites a los daños materiales".

<sup>429</sup> PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V., BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (2009), "Contratos sobre la navegación aérea", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), MORALEJO IMBERNÓN, N., QUICIOS MOLINA, S. (coordinadoras), *Tratado de contratos*, tomo V, edición de 2009, Tirant lo blanch, Valencia, p. 5470, "el pasajero que haya sufrido perjuicios como consecuencia de la cancelación podrá reclamar la correspondiente indemnización sobre la base de la regulación ordinaria del incumplimiento contractual (arts. 25 LGDCU, arts. 1256, 1124, 1101 CC)"; PRAGER, S. (2011), "Pioneering passengers' rights: legislation and jurisprudence from the aviation sector", *Era Forum*, 19 de mayo de 2011 (<https://www.era.int>), p. 311, "[t]he Regulations do not affect a passenger's rights to claim compensation in respect of the same events, under a different legislative scheme".

por daño moral, sino que tiene que revestir una relevancia suficiente además de que el retraso que ocasiona dicha molestia no pueda ser justificable<sup>430</sup>.

En efecto, el Tribunal Supremo considera que el retraso debe ser considerable. Se trata de un requisito difícil de concretar en abstracto, por lo que debe acudir al caso concreto. No obstante, generalmente, el Tribunal Supremo viene exigiendo que el retraso no se deba a las muchas circunstancias que pueden explicar una demora sino al mero interés particular

---

<sup>430</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. (1999), p. 298, “[i]gualmente, cumple recordar, de acuerdo con lo ya dicho que son indemnizables todo tipo de daños, tanto de orden patrimonial como extrapatrimonial (corporales o no), y dentro de los extrapatrimoniales muy significativamente, los llamados daños por «vacaciones malgastadas»”; ESPIAU ESPIAU, S. (2000), pp. 1282 y 1283: “El TS aplica la doctrina del “daño moral” al supuesto que enjuicia, por concurrir –dice la sentencia– tres requisitos que la fundamentan: en primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable; en segundo lugar, el retraso –de diez horas– resultó importante; y, en tercer lugar, “se dio la situación de afección en la esfera psíquica” del demandante, toda vez que el mencionado retraso le produjo una “tensión”, “incertidumbre”, “incomodidad”, “inquietud” y “preocupación”, que la “preponderancia, e incluso prepotencia contractual de la compañía” no hizo sino aumentar”; GILI SALDAÑA, M. (2007), “Morosidad, negligencia y contravención de compañía aérea por omisión de escala en el billete y retraso en vuelo intercontinental”, *Indret* 4/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 13: “En los supuestos de retraso aéreo, el Tribunal Supremo ha señalado que: «(...) [si bien] no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo, (...) pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues (...) también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (...) como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna» (STS, 1ª, 31.5.2000 (RJ 2000\5089)). En la sentencia analizada, el tribunal concede una indemnización de 300 € en concepto de daño moral, pues «(...) que se supiera que se iba a salir no evita la inquietud, preocupación y estrés (...) La situación padecida por los viajeros demandantes supera la mera molestia, aburrimiento o fastidio propio de cualquier retraso aéreo. Se realiza una escala no prevista, se produce un retraso inexplicado, se impide la salida en la conexión que correspondía y se vuelve a padecer otro retraso en la salida ulterior. Todo ello ocasiona un importante estado de nerviosismo, incrementado por ser el vuelo intercontinental, el cambio horario, el retraso acumulado, o la inútil permanencia durante horas en un hotel»; INFANTE RUIZ, F. J. (2008), *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, p. 125: “Este sistema indemnizatorio es, además, compatible con la indemnización del daño moral, como ya ha venido estableciendo la jurisprudencia española que garantiza la indemnización en virtud de este concepto cuando los retrasos de los vuelos provoquen situaciones en los pasajeros que produzcan una aflicción o perturbación como consecuencia de la tensión proveniente de una demora importante del vuelo, o que den lugar a la frustración de las vacaciones programadas (“vacaciones malgastadas”); CHAPARRO MATAMOROS, P. (2013), “La responsabilidad de las compañías aéreas por cancelaciones y retrasos de vuelos”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 32, septiembre-diciembre 2013, p. 285, “[c]omo ya ha sido expuesto a lo largo del presente artículo, la cancelación o el retraso de un vuelo puede frustrar no sólo expectativas o intereses económicos, sino también de orden moral. A pesar de la reticencia tradicional los tribunales a aceptar indemnizaciones por daño moral, lo cierto es que en este ámbito suelen concederse con cierta asiduidad. Ello es consecuencia de la admisión de su procedencia en el caso de los retrasos aéreos por la STS núm. 533/2000, de 31 de mayo (RJ 2000, 5089). Afirma el Supremo de esta forma que se puede generar un daño moral en aquellas situaciones «en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna”.

de la compañía aérea, que el retraso tenga una duración importante y que las circunstancias acontecidas generen en el pasajero tal grado de tensión, incertidumbre, incomodidad, etc., que inevitablemente repercutan en su esfera psíquica<sup>431</sup>.

Estos requisitos exigidos por el Alto Tribunal han sido también adoptados por nuestras Audiencias Provinciales a la hora de valorar la existencia de daño moral por retraso aéreo<sup>432</sup>. Cabe mencionar también que cuando el retraso producido por la compañía aérea repercute en la pérdida de vacaciones de los pasajeros afectados, las Audiencias

---

<sup>431</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 533/2000, de 31 de mayo (FJ. 2º), “[r]esulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna. En el caso se dan los tres requisitos. En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque obedeció al mero interés particular de la Compañía aérea. No se debió a una de las muchas circunstancias (meteorológicas, seguridad, atribuibles a terceros, etc.) que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de la TWA, de trasladar a Lisboa (donde había de hacer escala el vuelo Nueva York-Barcelona) un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la Capital portuguesa. En segundo lugar, el retraso resultó importante (diez horas según la resolución recurrida). Y en tercer lugar, se dio la situación de afección en la esfera psíquica (como se establece en la Sentencia de la Audiencia), y resulta lógica su generación habida cuenta las circunstancias concurrentes, tanto las que menciona la resolución impugnada, como las que son deducibles de un juicio de notoriedad. Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo (fundamento cuarto de la Sentencia de instancia), hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya”. Sentencia comentada en: ESPIAU ESPIAU, S. (2000), “Sentencia de 31 de mayo de 2000. Daño moral: concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño moral y responsabilidad por incumplimiento contractual”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 54, Editorial Civitas, págs. 1277-1287.

<sup>432</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias número 564/2001, de 28 de noviembre, FJ. 5º: “Respecto a la procedencia de la indemnización del daño moral, debe señalarse que si bien existen criterios no siempre coincidentes sobre la cuestión, dados los singulares caracteres de esta clase de daño, también ha de tenerse en cuenta que la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo del corriente año, tras recoger las pautas jurisprudenciales en la materia y señalar que el daño moral constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa, considera que dicho daño no puede derivarse de las simples molestias, aunque sí lo aprecia, en supuestos de impotencia, zozobra, ansiedad o angustia, o en los de aflicción o perturbación de alguna entidad, concluyendo por conceder indemnización al perjudicado por retraso en un viaje aéreo; supuesto ciertamente muy semejante al aquí analizado y en el que son apreciables también los factores señalados”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 342/2006, de 7 de junio, FJ. 2º: “Respecto a la procedencia de la indemnización por daño moral y cuantía de la misma, debe señalarse que si bien existen criterios no siempre coincidentes sobre la cuestión, habrá de tenerse en cuenta la doctrina contenida en la conocida STS 31 Mayo 2001 que, tras recoger las pautas jurisprudenciales en la materia y señalar que el daño moral constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa, considera que dicho daño no puede derivarse de las simples molestias, aunque sí lo aprecia en los supuestos de impotencia, zozobra, ansiedad o angustia, o en los de aflicción o perturbación de alguna entidad, concluyendo por conceder indemnización al perjudicado por retraso en un viaje aéreo”.

Provinciales tienden a considerar tal factor como un agravante más que permite apreciar la existencia del daño moral<sup>433</sup>.

Finalmente, no puede perderse de vista el artículo 12 del Reglamento (CE) N° 261/2004, en el que se indica que el presente Reglamento será aplicado sin perjuicio de los derechos de los pasajeros a obtener una compensación suplementaria.

Este artículo ha sido interpretado por la Sentencia de 13 de octubre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (cuyo origen se encuentra en la petición prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Pontevedra) en el sentido de que la expresión “compensación suplementaria” permite a los pasajeros afectados por un retraso aéreo poder reclamar, además de las indemnizaciones tasadas que contempla la normativa por el retraso sufrido, el daño moral padecido como consecuencia del incumplimiento contractual de la aerolínea. Así, la Sentencia de 13 de Octubre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye en el punto segundo del Fallo: “El concepto de «compensación suplementaria», mencionado en el artículo 12 del Reglamento nº 261/2004, debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo. En cambio, dicho concepto de «compensación suplementaria» no puede servir de fundamento jurídico al juez nacional para condenar al transportista aéreo a reembolsar a los pasajeros cuyo vuelo haya sido retrasado o cancelado los gastos que éstos hayan tenido que efectuar a causa del

---

<sup>433</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 124/2005, de 15 de marzo (FJ. 2º): “En realidad lo que ha sido objeto de discusión, tanto en la instancia como en esta alzada, es la evaluación del concreto quantum indemnizatorio derivado del daño moral provocado a los demandantes hoy apelantes por el hecho de haber tenido que retrasar un día sus vacaciones, por existir overbooking en el vuelo 936 de Madrid a la isla de La Palma que tenía prevista su salida el día 5 de agosto a las 10,25 h. Consta en autos (folio 58) que fueron 19 los pasajeros que se encontraron en la misma situación y no puede hablarse, por tanto, de una dificultad repentina o imprevisible por parte de la compañía aérea, sino que esa circunstancia parece responder, por el contrario, a una política seguida, por lo menos hasta el presente, por muchas compañías aéreas de contratar más plazas de las realmente disponible para compensar el posible desistimiento de los pasajeros que omiten cancelar su reserva. Como afirma la sentencia de esta Audiencia de 4 de febrero de 2002 (A.P.M. sección 13ª, rec. 431/2001): “si se aspira a incrementar las ganancias también debe asumirse los riesgos que comporta este proceder comercial”. Y el real daño producido por esta causa reconocida y culpable, si bien constituye una noción dificultosa relativa e imprecisa, no hay duda que genera o puede generar ansiedad, irritación, pérdidas de tiempo e incluso pérdida de un día de las deseadas vacaciones preparadas con suficiente antelación”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 2003 (FJ. 6º): “Sin que al respecto la demandada haya dado explicación satisfactoria en su fase alegatoria del proceso ni aportado prueba eficaz para justificar la pérdida de tal vuelo, que hubiera evitado el retraso total de 24 horas y la pérdida por el actor de un día de vacaciones, lo que es englobable dentro del concepto de daño moral, defendido por la doctrina jurisprudencial como supuestos que van mas allá de meras molestias, aburrimiento o enojo y que suponen un auténtico sufrimiento o padecimiento psíquico; o una situación de zozobra, ansiedad, angustia, impacto emocional, incertidumbre”.

incumplimiento, por parte de dicho transportista, de las obligaciones de asistencia y atención previstas en los artículos 8 y 9 de este Reglamento”<sup>434</sup>.

Pese a la duda planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Pontevedra, no existe división en la jurisprudencia española ya anterior. Aun así, es cierto que gracias a esta Sentencia la jurisprudencia española se ve reforzada y además se facilita a nuestros tribunales la estimación de este tipo de daño posibilitando la reclamación del mismo por vía del artículo 12 del Reglamento (CE) Nº 261/2004<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> Sentencia comentada en: SANZ ACOSTA, L. (2012), “La cancelación de vuelo y sus consecuencias conforme a la Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011”, *Actualidad Civil*, nº 5, Sección Práctica Profesional, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012 (<http://www.laley.es>); SERRANO RUIZ, M. Á. (2012), “Precios y condiciones del transporte aéreo. Comentario a la STJUE de 13 de octubre de 2011 (TJCE 2011, 311)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 28, págs. 477-505.

<sup>435</sup> RUBIO TORRANO, E. (2012), “Cancelación de vuelo y compensación económica”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 10/2012 (tribuna) (BIB 2012/98) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 2, “[e]sta disposición permite así al juez nacional condenar al transportista aéreo a indemnizar el perjuicio resultante para los pasajeros del incumplimiento del contrato de transporte aéreo, sobre la base de un fundamento jurídico distinto del Reglamento núm. 261/2004, es decir, en particular, en las condiciones previstas por el Convenio de Montreal o por el Derecho nacional». En definitiva, el Tribunal de Justicia, y por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, concluye que el concepto de «compensación suplementaria», mencionado en el artículo 12 del Reglamento núm. 261/2004, debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo”; SANZ ACOSTA, L. (2012), “La cancelación de vuelo y sus consecuencias conforme a la Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011”, *Actualidad Civil*, nº 5, Sección Práctica Profesional, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012 (<http://www.laley.es>), P. 2, “en ese sentido y en este supuesto de la indemnización por cancelación, el Tribunal entiende que el concepto de «compensación suplementaria», mencionado en el art. 12 del Reglamento n.º 261/2004, debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo. En cambio, el Tribunal considera que dicho concepto de «compensación suplementaria» no puede servir de fundamento jurídico al juez nacional para condenar al transportista aéreo a reembolsar a los pasajeros cuyo vuelo haya sido retrasado o cancelado, los gastos que éstos hayan tenido que efectuar a causa del incumplimiento, por parte de dicho transportista, de las obligaciones de asistencia y atención previstas en los arts. 8 y 9 de este Reglamento. Es decir, que en estos casos, cuando un transportista incumple las obligaciones de asistencia (reembolso del billete o conducción hasta el destino final, asunción de los gastos de traslado entre el aeropuerto de llegada y el aeropuerto inicialmente previsto) y de asunción de los gastos que le incumben en virtud del Reglamento (gastos de restauración, alojamiento y comunicación), los pasajeros aéreos están legitimados para invocar un derecho a compensación, pero no están comprendidas en la compensación «suplementaria» porque dichas compensaciones derivan directamente del Reglamento”; SERRANO CASTRO, M. D. (2012), “Tendencias jurisprudenciales sobre cancelación de vuelos”, *Iuris*, nº 173, sección análisis (<http://www.laley.es>), p. 7, “[l]a contestación del TJUE fue que el art. 12 pretende completar la aplicación de las medidas previstas en dicho Reglamento, de modo que los pasajeros sean compensados por la totalidad del perjuicio que hayan sufrido a causa del incumplimiento. Por tanto, esta disposición permite al juez nacional condenar al transportista aéreo a indemnizar el perjuicio sobre la base de un fundamento jurídico distinto del Reglamento n.º 261/2004, es decir, en particular, en las condiciones previstas por el Convenio de Montreal o por el Derecho nacional”; GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2012), “Los derechos de los viajeros en la Unión

Por otra parte, es indiscutible que el reconocimiento del daño moral por un Órgano europeo de la importancia del Tribunal de Justicia implica una mayor armonización en la reclamación del mismo entre los diferentes Estados de la Unión Europea y, a nuestro parecer, como resultado directo de este hecho, supone un paso más en la tan necesaria protección del consumidor ante las diferentes aerolíneas que actúan en el espacio aéreo de Europa.

De esta forma, ya es posible encontrar resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales en las que se recoge la interpretación sustentada por el Tribunal Europeo sobre el artículo 12 del Reglamento (CE) N° 261/2004, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 115/2012, de 9 de abril. En este caso, la Audiencia Provincial de Madrid mantiene que el Reglamento (CE) n° 261/2004 tiene un carácter mínimo, lo que permite que se pueda acudir un para un completo resarcimiento a las normas convencionales de carácter internacional o al Derecho nacional, basando esta conclusión en la interpretación que sobre el artículo 12 ha efectuado la Sentencia de 13 de noviembre de 2011<sup>436</sup>.

---

Europea: a propósito de la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 19 de diciembre de 2011", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2012, vol. 4, n° 2, pp. 295 y 296, "[e]n base al carácter de protección mínima del Reglamento 261/2004, se estima que mediante la noción de compensación suplementaria se pretende solamente completar la aplicación de las medidas previstas en este Reglamento 261/2004, «de modo que los pasajeros sean compensados por la totalidad del perjuicio que hayan sufrido a causa del incumplimiento, por parte del transportista aéreo, de sus obligaciones contractuales». Por consiguiente, el pasajero afectado puede también reclamar los daños que le ha causado el incumplimiento del contrato de transporte aéreo por parte del porteador conforme a la normativa nacional o internacional aplicable, en este caso, fundamentalmente el CM. Este planteamiento puede producir distorsiones, ya que podría suceder que se compense dos veces el mismo daño, y la indemnización o compensación únicamente debe resarcir los perjuicios ocasionados. Con el fin de evitar estas eventuales situaciones, hay que tener en cuenta dos cuestiones: Las compensaciones previstas en el Reglamento 261/2004 son cuantías fijas que pretenden compensar los perjuicios ordinarios que puede causar un gran retraso, una cancelación o una denegación de embarque. En consecuencia, si el pasajero demuestra unos perjuicios superiores o extraordinarios, éstos pueden ser objeto de compensación suplementaria"; FERRER TAPIA, B. (2015), "Gran retraso versus gran enfado en la llegada de pasajeros (a propósito de la propuesta de Reglamento por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 261/2004)", *Revista de Derecho Privado*, n° 6, noviembre-diciembre 2015, p. 13, "[e]l derecho de compensación suplementaria es otro de los derechos más genéricos que se recogen en esta norma. El artículo 12 señala que el hecho de que los pasajeros acepten las compensaciones y otros derechos que esta norma prevé no supone, en modo alguno, que estén renunciando a acudir a la vía judicial para obtener, a través de la aplicación de la normativa propia de cada Estado y de otras normas de derecho comunitario e internacional relativas al transporte aéreo, otras indemnizaciones por los daños causados por el incumplimiento del transportista. La aplicación del contenido de esta norma no impide que el pasajero afectado, y que no se ha visto enteramente compensado por los daños sufridos por el incumplimiento del transportista, pueda acudir a los tribunales en reclamación de una indemnización que le resarza, con base en otras normas especiales sobre transporte aéreo que regulen el concreto incumplimiento de la compañía aérea o, en su caso, las normas generales sobre consumidores y el Código Civil".

<sup>436</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 115/2012, de 9 de abril (FJ. 4º), "[l]os apelantes parecen entender que la aplicación del Reglamento (CE) n° 261/2004 supone que éste fija una cantidad añadida al margen de cualquier daño. No es así. Simplemente, como ya hemos señalado, tiene un carácter mínimo, pudiendo acudir, para un completo resarcimiento, a las normas convencionales de carácter



### 6.2.1.2 Pérdida de equipaje

Otra situación en la que es posible la apreciación de daño moral por incumplimiento del contrato reside en la pérdida de equipaje. Pensemos que aunque una persona consiga efectuar el viaje en el tiempo y forma contratados con la aerolínea, existe la posibilidad de que la empresa pierda las pertenencias que transportaba, lo que sin duda puede implicar toda una serie de incomodidades y tensiones que se verán agravadas al encontrarse el perjudicado fuera de su residencia. Y éste ha sido precisamente el razonamiento desarrollado por las Audiencias Provinciales al entender la pérdida de equipaje como un factor para apreciar la existencia de daño moral, pues la imposibilidad de poder disfrutar

---

internacional o al Derecho nacional que resulten aplicables cuando los daños superen las cantidades establecidas en dicho Reglamento. Recuértese que la citada Sentencia TJ de 13 de noviembre de 2011 interpreta el artículo 12 del Reglamento considerando que dicho precepto pretende completar la aplicación de las medidas previstas en dicho Reglamento, de modo que los pasajeros "sean compensados por la totalidad del perjuicio" que hayan sufrido a causa del incumplimiento"; Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava número 51/2012, de 13 de febrero (FJ. 3º), " [l]a finalidad del Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004 , por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, no es la de regular un sistema integral de resarcimiento por los quebrantos derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte aéreo, sino la de establecer una serie de garantías mínimas o derechos asistenciales y estimular a las compañías aéreas a ofrecerlas o prestarlas a los perjudicados con carácter inmediato. En efecto, en el diseño de garantizar que el aumento de la competencia en el transporte aéreo no produzca un deterioro de la calidad de los servicios prestados por los transportistas, lo único que hace el aludido Reglamento (lo mismo que su antecedente, el 295/91) es establecer a cargo del transportista (para los supuestos de denegación de embarque por exceso de reserva u "overbooking", cancelaciones y grandes retrasos) un sistema de indemnizaciones y de obligaciones asistenciales que tienen el carácter de compensación mínima y que, además, han de ser satisfechas de manera inmediata, evitando de ese modo, con una previsión anticipada que opera con elevado grado de automatismo, las dilaciones que pudieran menoscabar los intereses del viajero si la indemnizabilidad del supuesto regulado se relegase o supeditase a la dilucidación en sede judicial de la variada gama de controversias que al respecto pueden suscitarse, teniendo en todo caso el carácter de percepciones "a cuenta" de las indemnizaciones que, en definitiva, puedan resultar procedentes. Así lo pone de relieve su art. 12-1 cuando dispone que: "El presente Reglamento se aplicará sin perjuicio de los derechos del pasajero a obtener una compensación suplementaria. La compensación que se conceda con arreglo al presente Reglamento podrá deducirse de la misma", de tal suerte que, determinada con posterioridad la indemnización realmente exigible con arreglo a criterios de reparación integral del daño, las sumas percibidas en aplicación de dicha normativa habrán de deducirse de aquella por su expresa conceptualización legal de cantidades abonadas a cuenta de indemnizaciones virtualmente superiores. Significa ello, en definitiva, y como ya se ha indicado, que las sumas a percibir en aplicación del Reglamento no constituyen una deuda abstracta y desvinculada de su finalidad natural, sino que tienen un sentido y una naturaleza indemnizatoria en la medida en que su propósito no es otro que el de reparar los quebrantos de todo tipo -incluido también el posible daño MORAL- que el pasajero pueda haber padecido a consecuencia de la incidencia aeronáutica correspondiente, estribando su singularidad en que se trata de un sistema que, hasta las sumas predeterminadas, dispensa al pasajero de acreditar la realidad y naturaleza del daño, pero obvio es decir que ello no priva a dicho sistema de su naturaleza y de su finalidad reparadora o resarcitoria".

del equipaje facturado en un emplazamiento alejado de la residencia habitual del pasajero implica una serie de daños para dicha persona entre los que se encuentran perjuicios de tipo psíquico o moral, especialmente cuando además el afectado se ve obligado a soportar una demora considerable en la devolución del equipaje perdido por el responsable de su transporte y custodia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 12/2004, de 7 de octubre (FJ. 3º), sostiene: “Fueron insistentes los requerimientos como varios los desplazamientos provocados a distintos aeropuertos italianos hasta que el matrimonio Humberto Edurne y sus hijos recuperaron por fin sus cinco maletas lo que, acontecido en un país que no era el de su residencia habitual y en plenas fiestas navideñas, se estima, hubo de producir una considerable tensión y un profundo malestar y ante la necesidad de realizar una apresurada sustitución de sus ropas y demás artículos de primera necesidad, añadida a la incomodidad de tener que reiterar quejas y reclamaciones como, en fin, de dedicarse a la búsqueda y persecución de sus pertenencias en un tiempo vacacional cuyo disfrute desde luego, puede fundadamente presumirse, quedó notablemente frustrado y para el que la inversión económica realizada en la adquisición de los pasajes, y ello en realidad tampoco necesitaba de prueba alguna, no contaba con la vivencia de una situación tan enojosa e ingrata”<sup>437</sup>.

Podemos observar como de manera análoga a lo que ocurría al analizar el daño moral por retraso de vuelo, la regulación del resarcimiento de daños que recogen las diferentes normas internacionales no excluye la posibilidad de indemnizar el daño moral por pérdida de equipaje, puesto que el régimen de responsabilidad que desarrolla dicha normativa no impide que sean aplicadas las regulaciones sobre responsabilidad civil que abarque cada Derecho nacional<sup>438</sup>.

---

<sup>437</sup> De manera similar, Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares número 1/2000, de 9 de enero, FJ. 3º: “Tampoco plantea duda alguna el hecho de que la prolongación del retraso en la entrega del equipaje facturado hasta pocas horas antes de la salida del vuelo de vuelta y, por tanto, de la finalización del viaje de placer emprendido por los actores ha implicado un propio daño moral para éstos, al no haber podido disfrutar debidamente del mismo”.

<sup>438</sup> GARRIDO PARENT, D. (2008), “La responsabilidad del porteador aéreo por incidencias en el transporte de equipaje”, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 3 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 56, “[e]ntendemos que no estando los padecimientos psíquicos o la incertidumbre, intranquilidad y angustia sufridos a consecuencia de la pérdida, destrucción o avería del equipaje del pasajero excluidos del régimen de responsabilidad del transportista establecido por el Convenio de Varsovia, la limitación de la responsabilidad del transportista aéreo opera plenamente respecto a tales daños de carácter moral del mismo modo que lo hace respecto a daños de carácter patrimonial como aquellos resultantes del deterioro o destrucción física de los bienes contenidos en el equipaje. Recordemos que el artículo 22 del Convenio de Varsovia, al establecer la limitación de la responsabilidad del transportista en ningún momento establece que tal limitación sólo es predicable respecto de los daños de carácter patrimonial ni contiene expresión alguna que permita inferir una voluntad de dejar fuera del alcance de la limitación de la responsabilidad a los daños de carácter moral”; GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2010), “La aplicación de los límites de la responsabilidad del Convenio de Montreal al daño moral en el transporte de pasajeros (comentario a la STJCE de 6 de mayo de 2010”, *Revista de Derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 5, p. 293, “el régimen sobre la responsabilidad del porteador aéreo previsto en el CM no es exhaustivo y completo, sino que sólo se regulan determinadas cuestiones. El resto de los aspectos relativos a la responsabilidad del transportista aéreo se deja en manos de los Derechos nacionales”.

De forma análoga a lo que veíamos en el epígrafe anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene a refrendar la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales en lo que al reconocimiento del daño moral por pérdida de equipaje se refiere, admitiendo que el artículo 22.2 del Convenio de Montreal recoge tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Más concretamente, el Punto 39 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de mayo de 2010 (iniciada al igual que la Sentencia de 13 de octubre de 2011 por una decisión prejudicial planteada por un tribunal español, en este caso el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona) aclara que “[h]abida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el término «daño», subyacente al artículo 22, apartado 2, del Convenio de Montreal, que fija el límite de responsabilidad del transportista aéreo por el daño resultante, en particular, de la pérdida de equipaje, debe interpretarse en el sentido de que incluye tanto el daño material como el moral”<sup>439</sup>.

Y así lo han entendido nuestras Audiencias Provinciales al recoger en sus resoluciones que la Sentencia mencionada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ratifica la admisión del daño moral por pérdida de equipaje<sup>440</sup>.

De manera análoga a lo que acontecía con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2011, la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona carecía de justificación práctica, puesto que ya existía una jurisprudencia nacional que avalaba la no exclusión del daño moral por pérdida de equipaje en la normativa internacional sobre transporte aéreo.

Aún así, es cierto que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de mayo de 2010, además de servir para ratificar esta jurisprudencia previa de nuestras Audiencias Provinciales, aclarara a nivel comunitario la no exclusión del daño moral por

---

<sup>439</sup> Sentencia comentada en GARCÍA ÁLVAREZ, B. (2010), “La aplicación de los límites de la responsabilidad del Convenio de Montreal al daño moral en el transporte de pasajeros (comentario a la STJCE de 6 de mayo de 2010”, *Revista de Derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 5, págs. 290-296.

<sup>440</sup> A modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 288/2010, de 29 de septiembre (FJ. 4º), “[e]ste criterio ya fue cambiado por nuestra sentencia de 3 de septiembre de 2009 (y confirmado por la reciente jurisprudencia del TJCEE) en el sentido de entender que dicha limitación debe abarcar tanto el daño moral como el material, de ahí que esa argumentación contra el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia deba rechazarse”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 122/2012 de 3 de mayo (FJ. 3º), “[d]icha responsabilidad se limita en el artículo 22.2 para el caso de destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje a 1.000 derechos especiales de giro por pasajero a menos que el pasajero haya hecho al transportista, al entregarle el equipaje facturado, una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino, y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello, lo que no es el caso, límite que comprende todos los daños que pueda haber sufrido el perjudicado sin distinción alguna y, en consecuencia dicho límite comprende tanto los daños materiales como los morales, sin que pueda concederse una indemnización mayor por todos los conceptos salvo que el perjudicado pruebe que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño (artículo 22.5 del Convenio de Montreal), circunstancias en modo alguno acreditadas por la parte actora, por lo que en ningún caso la indemnización podría exceder del límite antes reseñado”.

pérdida de equipaje en el Convenio de Montreal, lo que sin duda supone una oportunidad para que el resto de organismos judiciales nacionales de aquellos Estados que hayan suscrito este Convenio puedan también apreciar la existencia de daños extrapatrimoniales en estas circunstancias.

### 6.2.1.3 Frustración de viaje combinado

Otro supuesto que debe ser objeto de estudio en el marco del daño moral por pérdida de vacaciones se encuentra en los viajes combinados regulados en el Texto Refundido de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (más concretamente en el Libro IV cuyo título es “Viajes Combinados”). En dicho texto se encuentra el concepto de viaje combinado definido en el artículo 151.1 como la combinación previa de transporte, alojamiento, y otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento que constituyan una parte significativa del viaje.

El TRLGDCU establece un régimen de responsabilidad tanto en lo que se refiere a la cancelación del viaje por parte del consumidor como a la cancelación del viaje por causas imputables al organizador de éste<sup>441</sup>. Cuando la resolución del contrato de viaje combinado es imputable al consumidor de dicho viaje, el TRLGDCU prescribe en su artículo 160 que el consumidor deberá indemnizar al organizador, salvo que tal resolución se deba a una causa de fuerza mayor, abonándole los gastos de gestión, de anulación y el 5%, el 15% ó el 25% según la antelación con que se produzca la anulación del viaje, y en el caso de que el consumidor no se presentara a la salida tendría que abonar el importe total del viaje. Además, si el viaje estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, los gastos de cancelación se fijarían conforme a las condiciones acordadas por las partes. Si por el contrario, el contrato de viaje combinado es resuelto por el organizador de éste, el TRLGDCU en su artículo 159.1 aclara que el consumidor tendrá derecho a que le sean reembolsadas todas las cantidades pagadas o bien a que se le facilite la realización de otro viaje combinado de igual o mejores características siempre y cuando el organizador se encuentre en condiciones de poder proporcionarle esta segunda opción.

---

<sup>441</sup> GÓMEZ CALERO, J. (1997), *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, Dykinson, Madrid, pp. 37 y 38, “[s]e nos presenta así el contrato de viaje combinado como una figura negocial «múltiple» o «mixta», en la que una de las partes contratantes (el organizador o detallista) puede asumir obligaciones puntuales de mera gestión (que se traducen en el desenvolvimiento de una «actividad» concreta y global de «resultado», que consiste en la efectiva realización del viaje objeto del contrato. Se podría hablar incluso de una hipótesis de «coligación», si no fuera porque «contratos coligados» pertenecen a la categoría de los innominados o atípicos. Cabe añadir también, en cuanto a la complejidad que venimos atribuyendo al contrato de viaje combinado, que la Ley 21/1995 se inscribe –según hemos apuntado anteriormente– en el ámbito de la legislación protectora de los consumidores o usuarios, sobre la base de considerar que éstos son la parte más débil en las relaciones jurídicas contractuales a establecer con los empresarios”; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010), p. 247: “El contrato de viaje es el acuerdo que vincula al consumidor con el organizador o detallista (art. 2.8 LVC y art. 151.1.h TRLCU). El vínculo jurídico se puede establecer tanto con el Organizador como con el Detallista, pero no va a existir una relación jurídica con los prestadores directos de los servicios. Estos se relacionan jurídicamente con los organizadores y se constituyen en auxiliares del obligado principal. Este dato constituye una de las particularidades del contrato de viaje combinado y una de las principales fuentes de problemas en este tipo de intercambios”.

Tras fijar los niveles de responsabilidad según el viaje sea cancelado por causas imputables al consumidor o al agente que facilitaba el servicio, el TRLGDCU establece las indemnizaciones que le corresponderían al consumidor por la cancelación del viaje. Según el artículo 159.3 del TRLGDCU, tales indemnizaciones no podrán ser inferiores al cinco por cien del precio total del viaje contratado si el incumplimiento fue producido entre los dos meses y los quince días inmediatamente anteriores a la fecha prevista de realización del viaje, al diez por cien si se produce entre los quince y los tres días anteriores y al veinticinco por cien cuando tenga lugar dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores al desplazamiento.

A continuación, el TRLGDCU en su artículo 159.4 recoge que la obligación a indemnizar por parte del organizador se verá exonerada si la cancelación se debe a que el número de personas inscrito al viaje sea inferior al exigido y esto se comuniqué al consumidor por escrito con un mínimo de diez días de antelación antes de efectuar el viaje o cuando la cancelación se deba a motivos de fuerza mayor, entendiendo por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de haber actuado con la diligencia debida.

Así pues, con un simple sondeo del tema, puede percibirse que nos hallamos ante la misma cuestión que se nos presentaba en los apartados anteriores, ¿las indemnizaciones tasadas que se recogen en el artículo 159.3 suponen un límite al *quantum* indemnizatorio que el perjudicado pueda recibir, o por el contrario nos encontramos ante un sistema de mínimos que no impide que el consumidor reciba indemnizaciones por daños diferentes a los contemplados en la normativa que nazcan como consecuencia de la cancelación del viaje? Y de igual manera a lo que ocurría al estudiar los supuestos de retraso de vuelo y de pérdida de equipaje, podemos mantener que el sistema de indemnizaciones que recoge el Texto Refundido es compatible con el resarcimiento de otros daños ocasionados por la frustración del viaje combinado contratado, debiendo entenderse el régimen indemnizatorio del Texto Refundido como un sistema de mínimos<sup>442</sup>.

Además, consideramos que esta interpretación del régimen de responsabilidad recogido en el Texto Refundido se ve reforzada con el segundo punto de su artículo 162, ya que éste indica que los organizadores de los viajes responderán de los daños padecidos por el consumidor y usuario por la no ejecución o ejecución deficiente del contrato, salvo cuando concurra alguna de las circunstancias que se encuentran detalladas en este mismo artículo.

---

<sup>442</sup> MORALEJO IMBERNÓN, N. (2009), “Comentario al art. 159 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, edición de 2009, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 1874: “En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, aunque imperativas, se trata de indemnizaciones mínimas, esto es, que no impedirían al consumidor la reclamación de mayores daños, siempre que fueran previsibles y hubieran sido acreditados, de conformidad con los requisitos generales. Dicho de otra manera, estos porcentajes no constituyen límites legales a la indemnización que puede exigir el consumidor, cosa que no tendría sentido en una norma de protección de sus intereses”.

Por lo tanto, si a una interpretación amplia del régimen compensatorio que recoge el TRLGDCU para el perjudicado por la cancelación del viaje le sumamos el párrafo segundo del artículo 162, en donde se contempla que los organizadores responderán de forma solidaria por los daños que se deriven de un incumplimiento contractual, entendemos que es viable afirmar que cabe la posibilidad de admitir en estos supuestos la existencia de daño moral por incumplimiento de contrato. Así lo han considerado la mayoría de los autores, siendo ejemplo de ello XIOL BARDAJÍ, quien sostiene que aunque en el artículo 11 de la derogada Ley reguladora de los viajes combinados y en el artículo 162 del TRLGDCU no se realice mención a los daños morales, esto no ha sido un obstáculo para poder defender que nuestro ordenamiento permite la indemnización por daños morales en caso de pérdida de vacaciones por la falta de ejecución o la ejecución deficiente de un contrato de viaje combinado<sup>443</sup>.

---

<sup>443</sup> XIOL BARDAJÍ, M. (2010), "Monetarización de los daños por "vacaciones frustradas" en Derecho alemán y Derecho español", *Indret*, 4/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 17 y 18, "[e]n el ámbito de las indemnizaciones por pérdida de vacaciones en materia contractual son relevantes el Art. 11 LVC -ya derogado- y el Art. 162 TRLGDCU. Ambos disponen la responsabilidad de los organizadores y detallistas por los daños causados por la no ejecución o ejecución deficiente del contrato. Ninguna de ellas establece expresamente la indemnización del perjuicio moral causado a los viajeros por pérdida de vacaciones, si bien la antes mencionada Sentencia Leitner deja claro que dicho perjuicio moral está incluido en el Artículo 5 de la Directiva de Viajes. La doctrina ha considerado una pérdida de oportunidad la no inclusión en el texto refundido de la posibilidad de indemnizar los daños morales en esta materia, ya que cuando se llevó a cabo ya se había dictado la Sentencia Leitner, que dejaba clara esta posibilidad. En el derecho civil general la indemnización en dinero por daños inmateriales tampoco se encuentra establecida de manera expresa en la ley, aunque la misma es admitida por la jurisprudencia desde hace tiempo. A pesar de que la jurisprudencia temprana del TS exigía una conexión entre los daños no patrimoniales con algún tipo de daños que sí lo fueran para que se pudiera producir su indemnización en dinero, esta línea jurisprudencial fue modificada y la posibilidad de indemnización de los daños morales en sí mismos y sin necesidad de que fueran acompañados de perjuicios patrimoniales confirmada. Desde entonces la tendencia a la indemnización de los daños morales se ha fortalecido crecientemente en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ha admitido indemnizaciones por daño moral en casos de contratos de viaje. Las sentencias del Tribunal Supremo que existen sobre esto son muy escasas, con motivo de las limitaciones procesales del recurso de casación, en relación sobre todo con la normalmente insuficiente cuantía de los procedimientos sobre viajes combinados. Sin embargo, sí existe abundante jurisprudencia de tribunales inferiores que igualmente constata la posibilidad de indemnización por este tipo de daños. En esta jurisprudencia, por su parte, ya existía la tendencia a la indemnización del daño moral incluso antes de la entrada en vigor de la LVC. Por tanto, a pesar de que no se encuentre establecido de manera expresa en la ley, es claro que en nuestro ordenamiento permite la indemnización por daños morales en caso de pérdida de vacaciones en el marco del contrato de viaje"; en el mismo sentido, DE LA HAZA DÍAZ, P. (1997), *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, p. 270, "el citado art. 11 LVC no hace distinción alguna respecto a los daños resarcibles; es más, como se ha visto, los delimita con la mayor amplitud: la agencia ha de resarcir los daños, cualquier daño, sufridos por el consumidor como consecuencia del incumplimiento del contrato; por tanto, parece que cabe dentro de la Ley la indemnización de estos daños no patrimoniales"; GARCÍA RUBIO, M. P. (1999), p. 230, "[e]n consecuencia, parece indudable que en el Derecho español cabe reconocer como principio general la indemnizabilidad de los daños contractuales de índole no patrimonial y que, por lo tanto, es resarcible el daño provocado por las vacaciones malgastadas. Ningún obstáculo, sino todo lo contrario, presenta el artículo 11 de la LVC que reconoce la responsabilidad de organizadores y detallistas por todo tipo de daños"; LÓPEZ SANTANA, N. (2003), *El incumplimiento del contrato de viaje combinado por causa de huelga. La protección del turista*, Comares, Granada, p. 122, "[d]e esta forma, si, entre

Y en la misma línea de pensamiento de los autores mencionados, es posible encontrar múltiples sentencias de las diferentes Audiencias Provinciales en las que se reconocen daños morales a los consumidores de viajes combinados por la frustración de dichos desplazamientos, bien por su cancelación absoluta, bien porque el viaje realizado no coincide con el producto contratado (generalmente por ser un viaje de calidad considerablemente inferior a la contratada). Los tribunales consideran que las agencias de viajes deben responsabilizarse no solamente de la venta del producto, sino también de la correcta consecución del mismo, siendo responsables del incumplimiento del servicio contratado que pueden llevar a cabo terceros agentes de los que depende su correcto desarrollo (compañías de transporte, guías, hoteles, etc.)<sup>444</sup>.

---

la doctrina y la jurisprudencia españolas, no existía ya ninguna duda sobre la consideración de los daños morales como una de las partidas a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización derivada, incluso, del incumplimiento de un contrato, menos aún existirán cuando se trate de los daños ocasionados por la frustración de las vacaciones en los supuestos de incumplimiento de los contratos de viajes combinados”; SOLER VALDÉS-BANGO, A. (2005), *El contrato de viaje combinado*, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 405, “[f]inalmente, debemos traer a colación los daños inmateriales o, como denomina nuestra doctrina, daños morales derivados de la frustración de las vacaciones. En nuestro ordenamiento está admitido desde hace tiempo, por vía jurisprudencial, el carácter resarcible del daño moral. Consecuentemente no es ésta una cuestión discutida, aunque lo haya sido en otros países. Sin embargo, como apunta DÍEZ-PICAZO, el problema que plantea este tipo de daños consiste en su delimitación que en el campo del contrato de viaje presenta ciertas dificultades. Una de ellas consiste en el origen de los daños derivados de la frustración de las vacaciones. Sabemos que la obligación principal en el contrato de viaje consiste en la correcta ejecución del programa del viaje, lo que supone que debe presentar la utilidad propia del programa de viaje contratado, que se verá delimitada bien por lo que las partes hayan establecido expresamente (es el caso de los programas de viaje de luna de miel, de aventuras, de nieve) o bien cuando no se pacte una utilidad determinada- lo que es bastante frecuente- por la finalidad acostumbrada en este tipo de negocios”; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2009), p. 1941, “[e]n el caso de los daños morales (como la ansiedad, el sufrimiento psicológico o, sin ir tan lejos, la decepción que produce el defectuoso cumplimiento o el incumplimiento por parte de la Agencia –o, sobre todo, de los terceros prestadores de servicios- de los deberes contractuales en el viaje combinado), no cabe duda –pese a que tampoco aparecen expresamente mencionados en el TRLGDCU- del deber que pesa sobre los responsables del incumplimiento de indemnizarlos al consumidor”; SALGADO SUÁREZ, F. (2013), *Viaje combinado y daño moral*, Bubok Publishing S.L., Madrid, p. 65, “[d]e toda la jurisprudencia patria analizada, se desprende la flexibilidad y amplitud a la hora de reconocer la existencia de un daño moral indemnizable, como consecuencia del incumplimiento, o cumplimiento defectuoso de un viaje combinado, hemos visto que los supuestos de hecho de los que se puede derivar dicha indemnización, pueden ser tan extensos, como aquellos en los que se cause a los viajeros consumidores una verdadera situación de zozobra, ansiedad, pesadumbre, temor o incertidumbre, derivadas de los mismos”.

<sup>444</sup> Entre la jurisprudencia existente, podemos citar: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 83/2005, de 18 de febrero, FJ. 2º: “El alegato fundamental de la entidad demandada y ahora recurrente, es que su actividad era de mera gestión, no estando comprometida a la obtención de un resultado concreto, afirmación ésta que la Sala no puede compartir. Con arreglo al tenor del artículo 3 de la Orden de 14 de abril de 1988, reguladora de las Agencias de Viajes, la actividad de intermediación en esta clase de tráfico mercantil de las agencias minoristas deriva de una regulación legal que así la impone, siendo la relación existente entre la agencia minorista y el usuario la propia derivada de un contrato de compraventa, en el que la agencia actúa como vendedora en nombre y por cuenta propia, de modo que los servicios que ofrece no se limitan a la reserva, sino a garantizar frente al consumidor que se cumplan los objetivos en cuya consideración aquél contrata, responsabilizándose frente al cliente del correcto

#### 6.2.1.4 Cierre del espacio aéreo español en diciembre de 2010

El abandono premeditado y sin previo aviso de sus puestos de trabajo por los controladores aéreos en todo el conjunto de los aeropuertos españoles los días 3 y 4 de diciembre de 2010 provocó el cierre total del espacio aéreo español, así como la necesidad de decretar el estado de alarma por primera vez desde la aprobación de la Constitución de 1978. La actuación del colectivo de controladores aéreos además de provocar la entrada del ejército en los principales aeropuertos españoles para intentar retomar el funcionamiento de nuestro espacio aéreo, ocasionó que miles de personas no pudieran salir de nuestras fronteras ni entrar en ellas produciéndose el colapso en el funcionamiento de todos los aeropuertos españoles, viéndose los afectados obligados no solamente a cambiar sus planes

---

cumplimiento que de aquellos servicios realice el obligado último a dispensarlos, siendo ésta una responsabilidad de la que sólo cabría exonerarse si acredita la concurrencia de fuerza mayor u otra causa suficiente por la que potencialmente pudiera operar tal exención –circunstancias estas que no concurren en el caso de autos–, y ello por cuanto, como indica la sentencia de la AP de Valladolid, de fecha 18 de mayo de 2001, «resulta irrelevante para quienes son meros usuarios contratantes que la falta injustificada de la prestación se impute a la Agencia demandada o a la empresa que en definitiva presta el servicio», siendo criterio mayoritariamente consolidado el que «frente al cliente o usuario, el régimen de responsabilidad de la agencia minorista no solo debe comprender el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones provenientes de su propia actuación, sino también las procedentes de las actuaciones, poco diligentes, de quienes suministran esas otras prestaciones que igualmente han sido ofertadas, gestionadas y cobradas por la propia Agencia a su cliente, asumiendo así frente a éste, el riesgo de un eventual incumplimiento. Se trata en suma de un régimen de responsabilidad solidaria que se deduce no sólo de la normativa específica reguladora de las Agencias de Viaje (Orden Ministerial 14 de abril de 1988, art. 30), sino también de las reglas aplicables con carácter general en nuestro derecho del consumidor, que tiene apoyatura constitucional (art. 51 CE) y desarrollo en la Ley General 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la cual en sus artículos 26 y 27 recogen una responsabilidad directa y solidaria frente a los consumidores o usuarios de quienes –caso del minorista– han suministrado, facilitado o vendido un producto o servicio que ha sido determinante de daños y perjuicios para los mismos o inidóneo de acuerdo con su naturaleza y finalidad, y ello sin perjuicio de su facultad de repetir contra los otros responsables (27.2)». Con arreglo a las consideraciones jurídicas que han sido expuestas, ha de mantenerse la declarada responsabilidad de Travel SL en la frustración del viaje que la Sra. Marí Luz, junto con otras personas, contrató en el verano de 2004, lo que conlleva la estimación de la indemnización por daños morales solicitada pues es incuestionable las molestias, zozobras e inquietud que finalmente hubo de suponer la imposible realización de un viaje tan anticipadamente programado –un año–, debiendo, en definitiva, confirmarse la sentencia dictada en la instancia”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, número 534/2008, FJ. 3º: “Considera el tribunal, a la vista de las pruebas practicadas y, especialmente, las testificales de dos personas que hicieron el mismo crucero por El Nilo, que tales daños morales, extrapatrimoniales o psicológicos si se produjeron, efectivamente, y pueden estimarse acreditados, teniendo en cuenta las molestias y el quebranto psíquico que se causó a los actores, al no poder disfrutar de su viaje en las condiciones que habían pactado con la demandada y que, debido a una gastroenteritis por el consumo de alimentos en mal estado, ingeridos durante el crucero, en el que viajaron en régimen de pensión completa, estuvieron enfermos durante varios días, viéndose obligados a permanecer recluidos en sus camarotes, con la consiguiente frustración por no poder disfrutar del viaje, lo que, muy probablemente, no les hubiera ocurrido ,de por su calidad superior, de haber viajado en la motonave Amarco, que habían contratado”.



de viaje sino a buscar un alojamiento no planeado o un método de transporte alternativo (cuando esto fuera posible) o a residir durante aquellos dos días de forma precaria en los diferentes aeropuertos, ya de por sí colapsados por la afluencia de gente buscando una solución a la cancelación forzosa de su viaje.

Siendo estos controladores aéreos personal perteneciente a la Administración pública AENA, gran parte de los pasajeros afectados procedieron a interponer recursos administrativos en tiempo y forma con objeto de reclamar el resarcimiento de los perjuicios padecidos. Tras estas reclamaciones, AENA emitió una respuesta general a todos los afectados que reclamaron en vía administrativa en la que denegó el resarcimiento tanto de daños patrimoniales como de daños morales. Por lo que al daño moral se refiere, AENA denegó su resarcimiento basándose en que fueron únicamente dos días de interrupción del espacio aéreo, y que, si bien es cierto que el daño moral es recogido por nuestros tribunales, su cuantificación responde a criterios subjetivos por lo que sería imposible determinar una indemnización general para todos los afectados, lo que sumado a que los perjuicios reclamados se encuentran relacionados con las molestias únicamente de no realizar un viaje y que al no existir nexo causal que vincule la actuación de AENA con los daños padecidos (sean del tipo que sean) debido a la imprevisibilidad de los hechos acontecidos, así como que no puede resultar exigible a la Administración una conducta exorbitante en la prevención y desarrollo del servicio que ésta preste, llevaron a esta entidad pública a resolver que no cabía otorgar indemnización alguna por daño moral<sup>445</sup>.

---

<sup>445</sup> Fundamento de Derecho séptimo de la Resolución en los expedientes de responsabilidad patrimonial números ATC/EXP2011/003614 al ATC/EXP2011/003700, emitida el 29 de noviembre de 2011 por el Director de la Secretaría General Técnica de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, AENA, en el uso de las facultades conferidas por delegación del Consejo de Administración de la misma, Resoluciones de 28/06/04 y 07/02/05 (B.O.E. 19/08/04 y 03/03/05), “[a]l margen de las consideraciones de fondo expuestas en torno a la reclamación presentada, que determinan la inexistencia de responsabilidad alguna en AENA o en el Ministerio de Fomento al no existir nexo causal alguno que ligue su actuación con el origen de los daños reclamados existe una cuestión de carácter cuantitativo que debe ser puesta de manifiesto de forma expresa, en lo referente a las cantidades que se reclaman por los interesados como daños morales. Como hemos indicado al principio de la presente resolución, la conducta observada por los controladores aéreos en diversos aeropuertos españoles los días 3 y 4 de diciembre de 2010 dio lugar a una serie de daños (cancelación de reservas, pérdida de vuelos, alojamientos sustitutorios, etc.) de carácter claramente objetivo, y como tal fácilmente cuantificables de modo documental. Junto con tales daños se alude también en el escrito de reclamación a unos eventuales daños morales, cuyo resarcimiento también se reclama. En lo referente a esta materia concreta, hemos de manifestar que el daño moral, *pecunia doloris*, representado por una injerencia o violación de un derecho, tiene como consecuencia la producción de perjuicio de imposible demostración física o material, pero al que la ley y los tribunales reconocen su existencia. Así lo establece el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 cuando habla de valoraciones predominantes en el mercado, y ello conduce a valorarlo en una cifra que, si bien debe ser razonable, siempre tendrá un componente subjetivo. Sentada esta base de trabajo, hemos de poner de manifiesto la dificultad de igualar el daño o perjuicio moral sufrido por una multiplicidad de afectados; la propia heterogeneidad de las personas que se vieron afectadas por los sucesos de los días 3 y 4 de diciembre hace imposible establecer una cuantía estandarizada que satisfaga a cada una de estas personas, haciendo tabla rasa de cualquier tipo de consideración de carácter individual. Lo cierto es que puesta de manifiesto esta realidad se hace necesario indicar también que la cantidad fiada de contrario, parece excesiva. Por intensos que fueran los daños morales sufridos en esas jornadas (al margen de

Frente a esta Resolución adoptada el 29 de noviembre de 2011, debemos comenzar indicando que aunque siempre es positivo que una Administración responda a los escritos que los ciudadanos interpongan en lugar de hacer uso de la vía del silencio administrativo, consideramos que el hecho de responder con una única Resolución de forma general a todas las reclamaciones interpuestas es una actuación realmente criticable, pues implica que el ciudadano además de haber sufrido la negligente actuación del personal perteneciente a la misma (el abandono de los controladores aéreos) tenga que soportar una Resolución que no conteste de manera individual a su reclamación.

Volviendo al contenido de la Resolución que rechazó el daño moral en estas situaciones, puede observarse que todo el razonamiento recogido en el Fundamento de Derecho séptimo es contrario a la jurisprudencia que ha sido analizada anteriormente respecto del daño moral por pérdida de viaje y/o vacaciones, así como a la valoración misma del daño moral que hemos venido desarrollando en los capítulos precedentes.

Muestra de ello es el sostener que aunque el daño moral es admitido por nuestra jurisprudencia, su apreciación subjetiva supone un impedimento para aceptarlo en estas situaciones, ya que además de ser una afirmación en sí incoherente (reconocer por un lado la estimación de los daños extrapatrimoniales por los tribunales, negar por otro lado su apreciación debido a la subjetividad de los mismos), es un razonamiento contrario a la doctrina mayoritaria así como a toda nuestra jurisprudencia. La dificultad en la valoración de un daño no debe ser obstáculo para apreciar el mismo si es posible estimar su existencia y, como consecuencia de ello, proceder a su resarcimiento. Pensemos además que pocos son los daños en los que su resarcimiento pueda ser cien por cien objetivo, por lo que siguiendo la argumentación de esta Resolución administrativa podríamos encontrarnos ante la paradoja de que los daños indemnizables en nuestro ordenamiento fueran mínimos, puesto que tendríamos que rechazar todos aquellos en los que su indemnización requiriese algo de subjetividad por parte del juzgador correspondiente.

Acerca de la afirmación contenida en esta resolución de que no cabría indemnizar el daño moral debido a que los consumidores afectados únicamente padecieron molestias originadas por la cancelación de viajes y que tales cancelaciones se ocasionaron solamente

---

situaciones específicas y concretas que, una vez acreditadas en sus propias individualidades, pueden ofrecer una lectura distinta), no podemos dejar de considerar que nos estamos refiriendo, como mucho, a sólo dos días del año. La realidad de este lapso temporal, unida al hecho indiscutible que los perjuicios sufridos por los reclamantes se relacionan con las molestias derivadas de la realización de un viaje, ponen de manifiesto la improcedencia de indemnizar ningún tipo de daño moral, debiéndose limitar la cuantía de lo reclamado a los gastos efectivos sufridos con ocasión de los hechos ahora examinados. Creemos por ello, al margen de la argumentación general sobre el fondo del asunto que se ha verificado en anteriores apartados de este escrito, que la cantidad que se propone por la parte, como resarcimiento de unos eventuales daños morales sufridos resulta injustificada y excesiva. Por todas las consideraciones expuestas, la reclamación interpuesta ha de ser desestimada. Todo ello sin perjuicio de que los reclamantes se dirijan, si a su Derecho conviene, contra los causantes reales de los daños reclamados”.

durante dos días, es necesario poner de relieve que se contradice con toda nuestra jurisprudencia y con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 2011. Además, desvalorar el daño moral padecido por haber sido cerrado el espacio aéreo únicamente durante dos días es un razonamiento que entendemos ajeno a la realidad que los viajeros padecieron. Sólo hay que acudir a las hemerotecas o a los testimonios de quienes se vieron afectados para ver aeropuertos rebosados de gente, personas durmiendo en el suelo con mantas facilitadas por los servicios de emergencia, imposibilidad de encontrar alojamiento provisional en la gran mayoría de las ciudades, o el simple hecho de que aquellos ciudadanos que se encontraban fuera de nuestras fronteras no pudieran regresar a su país. En tales circunstancias, creemos que cualquier persona puede entender que 48 horas es un tiempo excesivo, tiempo que por otra parte en el gran número de los casos fue superior, pues el retorno de las aerolíneas a su actividad no fue inmediato a la apertura del espacio aéreo por razones de organización obvias.

En cuanto a la imposibilidad de fijar una indemnización única por daño moral que el Fundamento séptimo de la Resolución recoge, estamos de acuerdo con ella. Es evidente que no experimentará el mismo sufrimiento moral quien encontrase alojamiento a quien durmiera en el aeropuerto, o quien la frustración de su viaje únicamente repercutiera en pérdida de vacaciones o quien por el contrario la imposibilidad de viajar le implicara por ejemplo no poder visitar a un pariente enfermo. Pero es que también es evidente que no todos los daños patrimoniales fueron los mismos, no pierde la misma cantidad de dinero quien tenía que realizar un viaje nacional que quien realizase un viaje trasatlántico, y no por ello habría que dejar de indemnizar en ambos casos.

El problema se encuentra en pretender fijar una indemnización común en un desastre que afectó a miles de personas dentro y fuera de nuestras fronteras ya que, como indicábamos anteriormente, no es lógico ni justo que el ciudadano deba soportar además de los daños ocasionados por el cierre del espacio aéreo la ineficacia de la Administración a la hora de resolver caso por caso la responsabilidad civil que le corresponda por la actuación del personal a su cargo.

En relación con el razonamiento acerca del nexo causal que se recoge en la mencionada Resolución, hay que recordar que el artículo 139 de la Ley 30/1992 únicamente exonera a la Administración de responsabilidad por la actuación de su personal cuando haya concurrido un supuesto de fuerza mayor (excepción que se mantiene en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y a la que se le suman los “daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”). AENA argumentó que el abandono laboral de los controladores aéreos supuso una situación de fuerza mayor, ya que el abandono absoluto de este colectivo profesional resultó imprevisible e insuperable<sup>446</sup>.

---

<sup>446</sup> Fundamento de Derecho tercero de la Resolución en los expedientes de responsabilidad patrimonial números ATC/EXP2011/003614 al ATC/EXP2011/003700, emitida el 29 de noviembre de 2011 por el Director de la Secretaría General Técnica de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, AENA, en el uso de las facultades conferidas por delegación del Consejo de

Frente a esta argumentación de la Administración debemos plantearnos las siguientes cuestiones: Primera, ¿el daño padecido por los pasajeros que pretendían tanto entrar como salir de nuestras fronteras fue consecuencia directa de la actividad de la Administración? Segunda, ¿podemos entender que el cierre del espacio aéreo español acontecido el 3 y 4 de diciembre constituye un supuesto de fuerza mayor?

Entendemos que todas las cancelaciones de vuelos y los daños resultantes de éstas se debieron al abandono de personal perteneciente a la Administración pública y, como consecuencia de ello, parece evidente que los daños sufridos fueron un resultado directo de la actividad de la Administración<sup>447</sup>.

En cuanto a la segunda pregunta, a diferencia de la cuestión anterior, la respuesta en este caso puede variar en función del concepto de fuerza mayor que se maneje. Sin ánimo de realizar un estudio en profundidad del concepto fuerza mayor, sí es posible afirmar que, como sostiene AENA, debemos entender por fuerza mayor aquellos casos en los que los

---

Administración de la misma, Resoluciones de 28/06/04 y 07/02/05 (B.O.E. 19/08/04 y 03/03/05), “[e]n un caso como el nuestro, se podría entender, sin perjuicio de ahondar posteriormente en estas ideas, que una situación de abandono absoluto de un servicio por parte de los profesionales obligados a prestarlo, como la que dio lugar a los daños cuyo resarcimiento ahora se pretende, no sólo no resultaba previsible, en lo que se refiere a su intensidad, sino que esa misma imprevisibilidad es la que lo convirtió en insuperable e irresistible a corto y medio plazo. Junto con la nota de imprevisibilidad existe una nota de ajenidad al sujeto obligado que obliga a que la fuerza mayor tenga su origen en factores extraños al mismo; esto es, factores cuyo origen no se encuentre en una decisión del sujeto al que se le imputa el daño. Podemos entender, haciendo abstracción de la doctrina elaborada, no solo por los Tribunales de Justicia, sino por también el Consejo de Estado, u otros órganos consultivos autonómicos, que la Administración, o las entidades dependientes de la misma, debe asumir aquellos daños que aparezcan ligados a una idea de la prestación ordinaria del servicio. Por el contrario, cuando los daños se deriven de circunstancias de todo punto ajenas a dicha prestación, no habrá lugar al nacimiento de responsabilidad. Un determinado daño será calificado como interno, o externo y ajeno al servicio, no en función de si se produjo o no en su ámbito, en la órbita de la actividad administrativa, sino en atención a si representa o no la actualización o visualización de un daño vinculado al riesgo inherente a la prestación del servicio. Así se pueden establecer unos estándares de actuación exigible, de conformidad a riesgos normales o generales, que determinadas actividades entrañan. Nos encontramos en tal caso cuando el daño se dé con ocasión de un riesgo propio e inherente a las mismas. Lo cierto es que la Administración, o las entidades dependientes de la misma, no pueden ser obligadas a cumplir más allá de lo razonablemente exigible, ni puede asumir daños derivados de acontecimientos ajenos a las previsiones típicas de cada actividad”.

<sup>447</sup> ALMAGRO NOSETE, J. (2011), “La responsabilidad civil de los controladores aéreos”, *Diario La Ley*, N° 7563, Sección Columna, 7 Feb. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 2, “[m]as continuando con la cuestión propuesta de fijar en qué medida la responsabilidad civil se proyecta sobre los «controladores» de la circulación aérea, principales causantes del «caos» aéreo portuario, ha de recordarse que AENA —creada en 1990— se configura como una «entidad pública empresarial» que actúa como operadora de los servicios de «control aéreo». De tal entidad dependen los «controladores» o personas físicas que trabajan para la misma, suministrando directamente a las aeronaves los datos o instrucciones precisas requeridos para la seguridad del vuelo. AENA no solo lleva a efecto el sistema de navegación aérea española, sino que también, asume la explotación y gestión de los aeropuertos (no obstante, haya normas nuevas, pendientes de ejecución, que alteren este panorama)”.

hechos o circunstancias que produjeron el daño no se hubieran podido prever de ninguna forma<sup>448</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es la función de un controlador aéreo? La función de un controlador aéreo, como su propio nombre indica, es la de controlar el tráfico aéreo o, dicho de otra forma, conseguir que los aviones aterricen y despeguen sin incidentes. Por lo que partiendo de la función básica de la actividad laboral de este colectivo, podríamos entender que es previsible que una incorrecta o nula actuación de estos profesionales derive en que los aviones no puedan aterrizar o despegar, o incluso en la peor situación imaginable, que la incorrecta coordinación del tráfico aéreo pudiera generar un accidente aéreo.

Por esta razón, entendemos que es lógico considerar que es previsible que un error en la actuación de un controlador tenga como resultado que un avión no pueda aterrizar o despegar o que lo realice con un retraso considerable, de la misma forma que una actuación de un profesional sanitario contraria a la *lex artis* exigible puede originar en el paciente atendido toda una serie de daños.

En cuanto a la relación de este colectivo con la Administración a la que pertenece, ¿podemos considerar que ha sido pacífica con anterioridad al mes de diciembre de 2010 o, por el contrario, podemos sostener que los conflictos laborales entre controladores aéreos y AENA han sido frecuentes a lo largo del tiempo?

La respuesta a esta cuestión parece sencilla, la relación entre los controladores aéreos y la Administración pública no fue pacífica con anterioridad a diciembre de 2010. Así, un rápido vistazo por las hemerotecas esclarece cualquier duda que pueda existir a este respecto<sup>449</sup>.

---

<sup>448</sup> BADOSA COLL, F. (1993), "Comentario al art. 1105 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 43, "la «fuerza mayor» es el acontecimiento, que por su propia naturaleza excede *a priori* del concepto de diligencia; así que basta enunciarlo para saber que ante él toda diligencia hubiera sido irrelevante"; ROCA I TRIAS, E. (2001), "La responsabilidad objetiva", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>o</sup> R., VERDERA SERVER, R. (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 357, "[p]uede asimilarse a la fuerza mayor la causa de exoneración prevista en el art. 141.1 LRJPAC, que excluye de la obligación de indemnizar aquellos daños «que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado o los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de la producción» del daño. Se deja a salvo en este caso el derecho del perjudicado a percibir las prestaciones asistenciales que se hayan establecido en estos casos, como ocurre con las establecidas para las víctimas del VIH, de acuerdo con el RD 429/1993, de 26 de marzo".

<sup>449</sup> Véase a modo de ejemplo: Radio Televisión Española, "¿[e]s su primera huelga? No, en diversas ocasiones los controladores han recurrido a huelgas encubiertas o de celo; no obstante, sólo en una ocasión convocaron una huelga legal, en 1988, para reclamar el pago de un complemento denominado "de servicios especiales", aunque finalmente no llegó a realizarse al alcanzar un acuerdo con la entonces Dirección General de Aviación Civil. En agosto de este año, la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA), el sindicato que agrupa al 97% del colectivo, aprobó ir a la huelga en plenas vacaciones, aunque

---

finalmente no llegó a convocarla, puesto que alcanzó un acuerdo con AENA para ajustar la jornada y su salario al volumen de tráfico gestionado" (<http://www.rtve.es/noticias/20101204/claves-del-conflicto-entre-controladores-gobierno/380819.shtml>), página web consultada el día 7 de septiembre de 2013; Diario El País, "[h]ay que remontarse a enero de 1981 para encontrar algo parecido: un paro de celo que obligó a cancelar un congreso de UCD en Palma de Mallorca. También en 1976 hubo huelgas de celo en este sector, que entonces dependía del Ministerio del Aire, y se atribuyeron los problemas "a ciertas deficiencias técnicas que obligan a los controladores a tomar medidas restrictivas encaminadas a lograr una mayor seguridad en su trabajo" ([http://elpais.com/diario/2010/08/03/economia/1280786404\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/08/03/economia/1280786404_850215.html)), página web consultada el día 7 de septiembre de 2013; El Faro de Vigo, "[l]as desavenencias históricas entre la Administración y los controladores aéreos por motivos profesionales y salariales se han recrudecido tras el establecimiento en 2010 de un nuevo modelo aeroportuario que reduce sus retribuciones. Estos son los antecedentes y hechos más relevantes del conflicto: - 28/12/1966. Se crea por ley el Cuerpo Especial de Controladores de la Circulación Aérea. - Agosto y septiembre de 1976. Los controladores aéreos españoles realizan la primera protesta laboral de su historia mediante un paro de celo. - 1977. Dejan de pertenecer a la Administración Militar y se incorporan a la Administración Civil del Estado. - Diciembre de 1978. Realizan su primera huelga de celo como civiles con el objetivo de mejorar sus retribuciones salariales. - Enero de 1981. Las restricciones en el tráfico aéreo por la huelga de celo de los controladores obliga a suspender el segundo congreso de UCD en Palma de Mallorca. - Noviembre y diciembre de 1985. Varios días de huelga de celo de los controladores obligan a suspender numerosos vuelos. - 1986/1987. Varios días de huelga de celo en el invierno de 1986-1987 y en verano de 1987 dificultan el tráfico aéreo español. - 07/03/1988. Una sentencia del Tribunal Supremo desestima las pretensiones laborales de los controladores. - 20-08/1988. El Ministerio de Transportes y los controladores llegan a un acuerdo sobre las gratificaciones que habían dejado de percibir cuando pasaron a ser civiles. - 03/03/1989. El Ministerio de Transportes y los controladores suscriben un protocolo de acuerdo que establece una jornada de 1.200 horas anuales. - Diciembre de 1991. Se desconvoca la huelga en protesta por las normas que regulaban la integración de los controladores en Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Aena), ente público constituido cuatro meses antes. - 21/02/1992. La Administración y los representantes de los trabajadores aprueban el Estatuto de los Controladores de la Circulación Aérea. - 01/01/1999. Entra en vigor el primer convenio colectivo de los controladores, que cede la organización laboral a los trabajadores y mantiene una jornada anual de 1.200 horas. - 31/12/2004. Finaliza la vigencia del primer convenio colectivo de los controladores. - 2005/2009. Se renueva el pacto de prolongación de jornada por desacuerdo entre controladores y Aena y se produce el cierre de pistas aeroportuarias por las protestas de los trabajadores en forma de bajas por enfermedad y negativa a realizar horas extraordinarias. - 12/01/2010. El ministro de Fomento, José Blanco, anuncia en el Congreso su intención de racionalizar el salario de los controladores para reducir el coste de la navegación aérea. - 5/02/2010. El Consejo de Ministros aprueba un real decreto ley que devuelve a Aena la capacidad de gestión aeroportuaria y liberaliza el control del tráfico aéreo. - 15/04/2010. Entra en vigor la ley por la que se incrementa la jornada laboral de los controladores hasta las 1.670 horas anuales. - 03/08/2010. La mayoría de los controladores autorizan a su sindicato, la Unión Sindical de Controladores Aéreos (Usca), a convocar una huelga, aunque finalmente renuncian a realizarla en el mes de agosto. - 13/08/2010. Usca y Aena firman un preacuerdo que acepta las condiciones laborales establecidas por Fomento a cambio de flexibilizar la jornada laboral. - 03/12/2010. El real-decreto que establece los criterios para el cómputo de horas anuales de trabajo de los controladores provoca el abandono masivo de sus puestos y el cierre del espacio aéreo español. - 04/12/2010. El Gobierno declara el estado de alarma para reabrir el tráfico aéreo. - 20/12/2010. Los controladores y Aena retoman las negociaciones del segundo convenio colectivo. - 11/01/2011. Aena y los controladores nombran mediador para la negociación del convenio al ex ministro Manuel Pimentel, que deberá dictar un laudo el 28 de febrero. - 28/02/2011. Pimentel dicta un laudo en el que fija la media salarial en 200.000 euros y la jornada laboral máxima en 1.670 horas anuales" (<http://www.farodevigo.es/espana/2011/02/28/conflictiva-historia-controladores-aereos/522713.html>), página web consultada el día 7 de septiembre de 2013.

Aunque la dimensión del abandono laboral de diciembre de 2010 fue superior al resto de conflictos laborales preexistentes, es posible afirmar que existía la previsibilidad de que se ocasionara un conflicto laboral entre AENA y este colectivo, por lo que podemos sostener que la imposibilidad de prever lo ocurrido que AENA defiende en su Resolución es incierta.

A diferencia de lo que se defiende en la Resolución comentada, entendemos que los daños padecidos por los usuarios afectados fueron consecuencia directa de la actividad de la Administración al no existir un supuesto de fuerza mayor. Aunque podría argumentarse que la magnitud de lo acontecido fue inesperada, creemos que la defensa de la imprevisibilidad del nacimiento de un conflicto laboral en aquellas fechas entre los controladores aéreos y la Administración estatal resulta insostenible. La Administración tendría que haber asumido su responsabilidad civil con los ciudadanos afectados debiendo haber evaluado de manera individual cada reclamación administrativa para, de esta forma, poder haber resarcido individualmente los daños patrimoniales y morales que hubieran correspondido en cada caso concreto.

En otro orden de cosas, no podemos concluir este apartado sin hacer mención a la jurisprudencia resultante de aquellos afectados que decidieron continuar su reclamación en vía judicial. Es posible encontrar sentencias en ambos sentidos, por un lado, apreciando la responsabilidad civil de AENA en estas situaciones por ser los controladores aéreos trabajadores pertenecientes a esta Administración y por no poderse hablar en estos casos de fuerza mayor y, por otro lado, resoluciones judiciales que defienden el razonamiento que AENA expuso en la Resolución que hemos comentado.

A favor de la responsabilidad civil de AENA por el abandono laboral de los controladores aéreos en diciembre de 2010 encontramos la Sentencia número 191/2012, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7, de 12 de julio de 2012. En el Fundamento Jurídico tercero de esta Sentencia se afirma que la actuación de este colectivo no es extraña para la Administración. Existe un nexo causal preciso y directo entre la falta de prestación del servicio de navegación aérea por el abandono de la actividad y los daños sufridos por el consumidor afectado que pueden ser exigidos a AENA, lo que se encuentra complementado en su Fundamento Jurídico cuarto, donde se excluye la existencia de fuerza mayor por no darse los requisitos de inevitabilidad y de amenidad exigidos por el Tribunal Supremo. Además, el Fundamento Jurídico quinto de esta Sentencia sostiene que el daño moral ocasionado en este caso concreto puede ser identificado con las molestias y trastornos ocasionados por la cancelación de los vuelos sin que exista la necesidad de probar circunstancias específicas<sup>450</sup>.

---

<sup>450</sup> Sentencia número 191/2012, Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7, de 12 de julio de 2012: FJ. 3º: “Los controladores, ni como colectivo de trabajadores ni como personas físicas individuales, cuya conducta no se va a enjuiciar ni siquiera calificar aquí por ser innecesario, en ningún caso son un elemento extraño a la entidad demandada, ni sus actuaciones u omisiones relacionadas con la prestación del servicio pueden considerarse ajenas al ámbito decisorio o las facultades de actuación o responsabilidad de AENA; en consecuencia, y no negándose la existencia de nexo causal preciso y directo entre la falta de

Por el contrario, la Sentencia número 00583/2011 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 1, de 8 de noviembre de 2011, sostiene que el abandono masivo de sus puesto de trabajo por los controladores aéreos fue impredecible, por lo que las medidas adoptadas por la Administración para solucionar esta situación fueron extraordinarias. Por ello, no existe nexo causal entre dichas actuaciones y los perjuicios padecidos. Para este Juzgado resulta evidente que han concurrido circunstancias de fuerza mayor ajenas al ámbito de actuación de AENA<sup>451</sup>.

Por cuanto se ha visto, puede afirmarse que no existe una jurisprudencia unánime respecto a la responsabilidad civil que puede recaer sobre la Administración con respecto a los daños que derivaron del cierre del espacio aéreo español en diciembre de 2010.

---

prestación del servicio de navegación aérea, por la inasistencia de los controladores a sus puestos de trabajo o su negativa a cumplir con sus funciones, y los daños sufridos por el recurrente, la responsabilidad patrimonial sólo y exclusivamente puede exigirse a AENA". FJ. 4º: "Básicamente por los mismos argumentos tampoco puede acogerse la concurrencia de fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración; ya desde antiguo, el Tribunal Supremo viene exigiendo, para apreciar la existencia de fuerza mayor, dos requisitos, que son la irresistibilidad o inevitabilidad y la amenidad". FJ. 5º: "En este caso concreto, el daño moral, y sin necesidad de probar circunstancias específicas, puede ser razonablemente identificado con las molestias y trastornos que ocasiona la cancelación del vuelo y, en consecuencia, la alteración de los planes de viaje y la pérdida de las expectativas que en él se tuvieran; en este caso debe tenerse en cuenta que la situación de cierre del espacio aéreo se normalizó a últimas horas del día 4 de diciembre".

<sup>451</sup> Sentencia número 00583/2011 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 1, de 8 de noviembre de 2011, FJ. 3º, "[e]n el caso de autos no nos encontramos ante el mantenimiento de un aparato sometido a diversas rutinas y protocolos predefinidos en el tiempo. Los hechos que motivaron las pérdidas patrimoniales que se reclaman resultaban de todo punto impredecibles, ya que resulta impredecible que en la misma fecha y en la misma hora la práctica totalidad de un colectivo de trabajadores abandonen el servicio que deben prestar. Las medidas que a la postre solventaron esta situación resultaron extraordinarias, como de hecho era la propia situación que las motivó, y ajenas a las facultades de actuación de AENA. El nexo causal que ligaría la actuación, (u omisiones), de AENA, con el perjuicio patrimonial demandado de contrario no existe en este caso concreto. Es evidente que han concurrido circunstancias de fuerza mayor, ajenas al ámbito de decisión de AENA, y extrañas a cualquier nota de habitualidad o previsibilidad que pueda surgir en el ordinario devenir de una actividad como la que es prestada por AENA"; en sentido similar, Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2013, FJ. 9º, "[a] modo de recapitulación, esta Sala considera que, si bien es cierto que la comisión de hechos eventualmente delictivos por funcionarios o agentes de la Administración, con daño a terceros, no produce de suyo la ruptura de la relación de servicios ni, por ende, obsta al nacimiento de la responsabilidad patrimonial administrativa (sobre lo cual existe cumplida jurisprudencia), en el presente caso concurren circunstancias especiales. En primer término, es oportuno notar que el destinatario de la acción de los controladores o, si queremos denominado así el "sujeto pasivo" de dicha acción, no fue un tercero, sino que lo fue precisamente la Administración pública cuya responsabilidad ahora se pretende. Y no dejaría de resultar paradójico que el sujeto pasivo (al menos en su modo más directo) de dicha acción sea, a su vez, quien deba indemnizar a terceros. Junto a ello debe tomarse en consideración que, tras aquellas acciones de los controladores, la decisión administrativa del cierre del espacio aéreo se produjo precisamente en garantía de la vida y la integridad de aquellos propios terceros que ahora demandan su responsabilidad. Todo ello, conjuntamente considerado, comporta, a juicio del Tribunal, una relevante alteración de la concurrencia de causas y, de modo especial, impide la imputación del daño al servicio público".



### 6.2.2. Daño moral por incumplimiento de contrato en materia de propiedad intelectual

Los sujetos que pueden sufrir daño moral por incumplimiento de contrato en este grupo de situaciones son el autor de la obra intelectual y quien contrata los servicios prestados por dicho autor. La calificación de autor recae sobre quien crea una obra literaria, artística o científica, pudiendo también ostentar esta posición las personas jurídicas cuando se cumplan los requisitos establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (artículo 5).

Comenzando por el autor de la obra intelectual, hay que diferenciar entre lo conocido como “daño moral de autor” y “el daño moral *stricto sensu*”, siendo este último aquel que puede ocasionarse en el autor por diferentes causas como, por ejemplo, por incumplimiento del contrato de la otra parte contratante. En estos casos estaríamos ante supuestos que se regularían por lo establecido en el Código Civil o por lo indicado en la Ley Orgánica de protección al honor, según las características propias de la situación ante la que nos encontrásemos<sup>452</sup>.

Sobre el primer concepto, el “daño moral de autor”, debemos recordar que se encuentra reconocido en el artículo 140.2 a) del TRLPI (“[l]a indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”), estableciéndose en el punto 3 del citado artículo un plazo de prescripción de 5 años para ejercer la acción por el daño padecido desde que el legitimado pudiera interponerla.

Por lo tanto, el daño moral descrito en el artículo 140.2 a) existirá únicamente en aquellas situaciones en las que se vean afectados cualesquiera de los derechos morales del autor señalados en el artículo 14 del TRLPI, a saber, decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente; exigir el reconocimiento de su condición de autor; exigir el respeto a la integridad de la obra; modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural; retirar la obra del comercio, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de los derechos de

---

<sup>452</sup> Sobre la compatibilidad del daño moral contractual con el daño moral de autor, Por todos, RUBÍ PUIG, A. (2015), “Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial”, en GÓMEZ POMAR, F., MARÍN GARCÍA, I. (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, p. 686, “[u]n incumplimiento contractual puede causar daños morales. La falta de realización de la prestación contractual o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones contenidas en contratos celebrados en el ámbito de la propiedad intelectual pueden también resultar en un perjuicio moral, con independencia de que a su vez consistan en incumplimientos usurpatorios de derechos morales o patrimoniales de autor”.

explotación; y acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Además, no podemos olvidar que el TRLPI recoge en el primer párrafo de su artículo 138 ciertas medidas cautelares urgentes por los daños morales del autor que se dirijan al cese de la actividad ilícita del infractor, así como a llevar a cabo la difusión de la resolución judicial o arbitral en los medios de comunicación a costa de quien produjo el daño.

En cuanto al sujeto contratante de los servicios prestados por el autor, el TRLPI no recoge los derechos morales propios de esta figura y, como consecuencia lógica de ello, no contempla la posibilidad de que quien se encuentre en esta posición pueda sufrir daño moral. Sin embargo, de forma equivalente a lo ya comentado para el daño moral *stricto sensu* que pueda originarse al autor, la parte contratante podría soportar daños extrapatrimoniales contractuales derivados del incumplimiento de las obligaciones a las que voluntariamente se hubiera comprometido el autor de la obra intelectual, siempre y cuando se dieran los requisitos indicados en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil o, dicho de otra forma, la apreciación del daño moral en estos casos sería equivalente a la estimación de los daños extrapatrimoniales que pudiera realizarse en el incumplimiento de cualquier otro tipo de contrato<sup>453</sup>.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, hay que decir que las resoluciones judiciales existentes sobre la aplicación del artículo 140 del TRLPI corresponden prácticamente en su totalidad a las Audiencias Provinciales debido a la reciente redacción del mismo, pues dicho artículo es consecuencia de la modificación introducida por la Ley 19/2006, de 5 de junio. A modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 96/2005, de 17 de febrero (FJ. 5º), confirma que el artículo 140 admite la indemnización por daño moral aunque no haya sido probada la existencia de perjuicio económico, debiendo analizarse para ello las circunstancias propias del caso, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra<sup>454</sup>.

---

<sup>453</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P. (1996), pp. 54 y 55: “El daño moral de autor sólo puede sufrirlo aquel que tenga la cualidad de tal, según lo dispuesto en los artículos 1 y 5 a 9 del TRLPI. El contratante del autor (v.gr., el editor cesionario), podrá sufrir un daño como consecuencia del incumplimiento del autor. Este daño podrá suponer un incumplimiento contractual y, además, una infracción de los derechos económicos, pero nunca un daño moral de autor. Así ante la destrucción o modificación de una obra de arte caben los dos tipos de daño moral referidos: el dueño de la obra, en cuanto propietario material sufrirá un daño moral *stricto sensu* por el daño psicológico sufrido, mientras que el autor sufrirá un daño moral de autor por la lesión de su derecho moral a la integridad de la obra. Ahora bien, incluso en la persona del autor, daño moral *stricto sensu* y daño moral de autor son dos conceptos distintos”.

<sup>454</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 96/2005, de 17 de febrero, FJ. 5º: “El mismo art. 140 admite la procedencia de la indemnización por daño moral, aún no probada la existencia de perjuicio económico, señalando como criterios orientativos para determinar su valoración las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 194/2008, de 15 de mayo, FJ. 1º: “En lo concerniente al daño moral, hemos de señalar que los derechos morales del autor no están incluidos en el ámbito de los derechos reconocidos a los titulares de las meras fotografías ni tampoco se identifica en la demanda ningún interés de naturaleza extrapatrimonial que haya resultado afectado por la infracción. La vulneración de la garantía de la

En cambio, sí es posible encontrar una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la aplicación del antiguo artículo 135.2 (modificado por la Ley 5/1998, de 6 de marzo), en el que ya se contemplaba el daño moral de autor. La redacción sobre el daño moral en el TRLPI no ha variado con el tiempo, es idéntica a su precedente, por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al antiguo artículo 135.2 es igualmente válida para el actual artículo 140 TRLPI.

Las líneas clásicas de esta jurisprudencia sobre el daño moral de autor pueden resumirse en los siguientes puntos:

1º) Para la Sala primera el daño moral de autor siempre va ligado a la afección de alguno de los derechos morales atípicos que el TRLPI reconoce al autor en su artículo 14.

2º) La referencia realizada en el artículo 140 del TRLPI relativa al resarcimiento del daño moral con independencia de la posibilidad de probar o no la existencia de un perjuicio económico, implica que la Sala primera no considera al daño moral sufrido como objeto de prueba en sí mismo, sino que lo que debe ser probado es el hecho generador de dicho daño. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2007 (FJ. 7º) indica: “Debe recordarse que el artículo 135.2 LPI, que se cita como infringido, considera que el daño moral existe sin necesidad de prueba del perjuicio económico, cuando afirma que «en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico». Es por esta razón que no puede admitirse este motivo, porque la sentencia recurrida ha aplicado los criterios del artículo 135.2 LPI, que deslinda el daño moral del patrimonial, de manera que los daños morales no son objeto de prueba en sí mismos, sino que lo que debe probarse es el hecho generador del daño y las circunstancias de su producción”<sup>455</sup>.

Por cuanto se ha visto, debemos diferenciar entre el daño moral de autor y el daño moral contractual que tanto la parte contratante como el autor contratado pueden soportar como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del otro contratante, haciéndose extensiva a esta segunda posibilidad todos los requisitos que nuestra jurisprudencia exige para apreciar e indemnizar los daños extrapatrimoniales conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

---

exclusividad de los productos ofertados por la actora a sus clientes que se menciona en la demanda como criterio modulador del daño moral está fuera de la protección de los derechos de autor y encuentra un mejor encaje en la protección dispensada al diseño o en la Ley de Competencia Desleal, protección que nunca fue solicitada en la demanda”.

<sup>455</sup> También podemos citar: Sentencia del Tribunal Supremo número 1082/2006, de 6 de noviembre, FJ. 5º: “El derecho moral de autor –integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, y que tiene carácter irrenunciable e inalienable y constituye la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra, como señala el Preámbulo de la LPI 22/1987– se regula en los arts. 14 a 16 de esta Ley, disponiendo el número 4º del art. 14 que corresponde al autor el derecho irrenunciable e inalienable a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración, o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”.

Brevemente, antes de finalizar este epígrafe se hace necesario que nos detengamos en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, y más concretamente en su artículo 43.2, en el que se recoge la posibilidad de exigir compensación por el desprestigio que el uso ilícito de una marca puede suponer para la misma y por tanto para su titular, debiendo estar fijada tal compensación en función de lo establecido en el apartado 3 del artículo mencionado. Pese a la referencia en este precepto a la reputación de la marca, hay autores que entienden que no cabría hablar de daño moral por vulneración de marca precisamente por la naturaleza económica que ésta posee. Así, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA considera que el daño moral por su naturaleza no existe en la marca, mientras que con el daño en el prestigio se protege su buena imagen<sup>456</sup>.

Otros autores, en cambio, piensan que la vulneración al honor por la violación de marca debe integrarse dentro del lucro cesante que se produzca como consecuencia de esta violación. En este sector doctrinal destaca NUÑO DE LA ROSA AMORES quien defiende que la minusvaloración de la reputación de la marca forma parte del lucro cesante y tiene que ser reclamada como responsabilidad extracontractual<sup>457</sup>.

Como puede observarse, la admisión por la doctrina del daño moral por vulneración de marca no es pacífica. Pese a ello, entendemos que la mención que realiza la legislación vigente en los artículos mencionados al prestigio de la marca permite defender el resarcimiento de daños no patrimoniales en estos supuestos, debiendo ser considerado este daño moral como un daño independiente y autónomo, sin que sea necesario incluirlo en la pérdida de lucro cesante<sup>458</sup>.

---

<sup>456</sup> GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. (2008), "Responsabilidad derivada de la infracción del derecho de marca", en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, p. 297, "[e]l primer concepto a indemnizar es el de los daños: -daño material: efectiva disminución del patrimonio del titular de la marca: gastos de investigación, comunicaciones, información al público. -Daño moral: no existe en la marca, en atención a su naturaleza. -Daño en el prestigio: se protege la buena imagen de la marca incluyendo dos supuestos ejemplificativos: por la realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados y por una presentación inadecuada en el mercado".

<sup>457</sup> NUÑO DE LA ROSA AMORES, A. (1993), "Procedimiento civil en la protección de las marcas. Indemnizaciones", en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ANDEMA, *La protección de la marca por los tribunales*, Mateu Cromo, Madrid, p. 106, "[c]on frecuencia en las demandas por infracción de la normativa en materia de marcas se alude al honor o reputación del titular de la marca. A este respecto cabe distinguir entre la reputación de la marca considerada como signo distintivo en el comercio, y susceptibilidad de integrar un bien "per se" del honor de la persona titular, aunque a veces vayan asociados. La minusvaloración de la reputación de la marca debe comprenderse como "lucro cessans" y es exigible por vía de la indemnización extracontractual".

<sup>458</sup> En esta línea encontramos a MERINO BAYLOS, P. (2001), "Acerca de la posible reclamación de daños morales en acciones por infracción del derecho exclusivo sobre marcas notorias y renombradas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 494 (Comentario), BIB 2001\878, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 15: "El titular de la marca infringida no sólo sufre las pérdidas económicas producidas por la violación, sino también las graves consecuencias que para el prestigio de la marca pueden surgir en el futuro. Mediante la venta de los productos diferenciados con el signo ilícito, el infractor está usurpando los valores espirituales e inmateriales de la marca notoria o afamada. Adicionalmente, la inferior calidad de los productos comercializados por el infractor supone ciertamente

No se olvide, por lo demás, que el Tribunal Supremo considera sin ambages que es posible estimar la existencia de daños no patrimoniales por vulneración de marca siempre y cuando se den los requisitos precisos para ello. Así, en las Sentencias número 656/2005, de 22 de julio (FJ. 2º) y 505/2012, de 23 de julio (FJ. 11º), se contempla la posibilidad de indemnizar por daño moral siempre que pueda demostrarse que el uso de la marca ha lesionado el prestigio de la institución<sup>459</sup>.

Por todo ello, podemos finalizar este epígrafe afirmando que de la legislación de marcas así como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se infiere que cabe el reconocimiento de daño moral por vulneración del honor de marca, no siendo la naturaleza económica intrínseca a la misma un obstáculo para ello.

### **6.2.3 Daño moral por incumplimiento de servicios funerarios**

En este epígrafe trataremos aquellos supuestos en los que la jurisprudencia española ha admitido la indemnización de los daños morales ocasionados a los familiares y allegados de los fallecidos por incumplimiento del contrato de servicios funerarios<sup>460</sup>.

El incumplimiento de este contrato tiene causas muy diversas, aunque es posible clasificarlas en dos grupos. El primero estaría constituido por aquellos casos en los que la

---

un desprestigio de esta clase de marcas. Todo ello tiene la consecuencia de debilitar su fuerza distintiva y reputación; situación de debilitamiento o dilución que se irá incrementando con el tiempo a medida que vayan surgiendo signos que pretendan, cosa muy habitual con respecto a las marcas renombradas, aprovecharse de forma desleal de su calidad y fuerza publicitaria. El daño producido en la imagen de la empresa titular de estas marcas difícilmente puede ser reparado con la tradicional compensación económica por los daños patrimoniales causados”.

<sup>459</sup> Sentencia del tribunal Supremo número 656/2005, de 22 de julio, FJ. 2º: “Es cierto que, «Créditos Vitoria» únicamente había solicitado indemnización en su demanda por daños patrimoniales y se había aquietado al rechazo de su petición por el Juzgado, así como que éste se había excedido al conceder la reparación de otros daños (los morales) que no podía entenderse reclamada, como se pretende, con el inconsistente argumento de que en algún pasaje de dicha demanda se mencionara, circunstancialmente, que los daños por uso indebido de una marca eran de muy difícil resarcimiento por asimilarse «a lo que se entiende por daños morales». Debe recordarse que los daños materiales y los morales son diferentes, por su naturaleza, por sus presupuestos y por su cuantificación, no hallándose sujetos a prueba los morales, pues dependen de la apreciación del Tribunal acerca de su real existencia. Finalmente, si bien ambas clases de daños pueden ser englobados en una indemnización, es evidente que si la misma ha sido interesada únicamente por daños patrimoniales, no puede pretenderse que se comprendan en ella los daños morales”; Sentencia del Tribunal Supremo número 505/2012, de 23 de julio, FJ. 11º: “El informe del perito judicial cifra de forma estimativa los ingresos por la comercialización y publicidad de “Residencial Maristas” en 26.187.435 euros, por lo que el 1% es 261.874,35 euros. Como no ha quedado acreditado que el uso del signo “Maristas” haya ocasionado un daño moral, por haber lesionado el prestigio de la institución, no procede completar la indemnización en tal sentido”.

<sup>460</sup> SOLÉ FELIÚ, J. (2009), p. 22: “Otro grupo de supuestos, ante cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso los tribunales españoles conceden indemnización por daño moral, integra los contratos de servicios funerarios entre familiares de una persona fallecida y empresas prestadoras de dichos servicios”.

gestión del tratamiento del cadáver fue realizada por la propia Administración y un segundo grupo se encontraría formado por aquellas situaciones en las que el servicio funerario fue prestado por una empresa privada.

En el primer caso, cuando el servicio es prestado por la propia Administración, hay que acudir a la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y más concretamente a su artículo 139, donde se recoge el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por las lesiones que pudieran sufrir en sus bienes y derechos (artículo que será sustituido por el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Además, debemos recordar que la aplicación del artículo citado, así como del resto de artículos que desarrollan el contenido del mismo, no se limita al ámbito de actuación público de la Administración sino también a los supuestos en los que las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, de acuerdo con el artículo 144<sup>461</sup> (esta extensión de la responsabilidad se ha mantenido en el artículo 35 de la Ley 40/2015).

En cuanto al requisito descrito en el apartado 2 del mencionado artículo 139 de que el daño debe ser evaluable económicamente (que el legislador continúa conservando en el apartado segundo del artículo 32 de la Ley 40/2015), hay que señalar que a pesar de que tal exigencia pudiera parecer en principio un impedimento para poder apreciar la existencia de daños extrapatrimoniales derivados de la actuación de una Administración, la jurisprudencia ha realizado una interpretación flexible del mismo entendiendo como indemnizables tanto los daños físicos como los daños morales surgidos de actuaciones administrativas<sup>462</sup>.

---

<sup>461</sup> BELADIEZ ROJO, M. (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, pp. 72 y 73: “Cuando cualquier Administración Pública actúe en relaciones de derecho privado y cause un daño, la responsabilidad deberá exigirse de acuerdo con el procedimiento general, y por supuesto, aplicando el régimen sustantivo propio de la responsabilidad de la Administración, pues al fin y al cabo es una Administración Pública y como tal presta servicios públicos, aunque sea en régimen de derecho privado. El hecho de que la ley regule de forma independiente este supuesto no puede entenderse como una exclusión del régimen de la responsabilidad por daños que ocasione el funcionamiento de los servicios públicos, sino simplemente como una precisión del legislador; precisión que no tiene objeto que dejar claro que dicha responsabilidad, aunque lo hayan causado sujetos que actúen en régimen de derecho privado, estos sujetos son Administraciones Públicas y por ello la responsabilidad debe exigírseles de acuerdo con su normativa específica y por el procedimiento de derecho administrativo”.

<sup>462</sup> En este sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2013), “Responsabilidad de la Administración por daños morales”, en CASARES MARCOS, A. B. (coordinadora), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 780 y 781, “[p]ues bien, por su propia naturaleza subjetiva y contingente, el daño moral se resiste a ser encorsetado en unos criterios de cuantificación estrictos, lo que, a la postre, tiene el elevado precio de representar un importante sacrificio de la seguridad jurídica, de la certeza del Derecho. Y es que no existen en nuestro sistema legal actualmente vigentes unos criterios generales que permitan mensurar el daño moral causado por la Administración y lo traduzcan de modo automático en una suma económica. No obstante, ello no

En las situaciones en que la responsabilidad por el daño moral causado es directamente imputable a la Administración, cuando la reclamación interpuesta siga su curso a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, el importe de la indemnización que corresponda al perjudicado será establecido conforme al criterio del tribunal competente, ya que las indemnizaciones por daños personales, así como por los daños morales, no se encuentran regulados en ninguna norma administrativa<sup>463</sup>.

En relación con la jurisprudencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo, debemos indicar que esta Sala es favorable a estimar la existencia de daños no patrimoniales en aquellos supuestos en los que la realización de una actuación improcedente por parte de la Administración competente sobre el tratamiento de restos de personas difuntas origina daños psíquicos sobre los familiares y allegados de los difuntos afectados<sup>464</sup>.

---

ha impedido la actuación punitiva de nuestros tribunales hacia la Administración por perjuicios ocasionados de índole moral”; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2013), “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales”, en CASARES MARCOS, A. B. (coordinadora), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, p.60, “[o]tro de los requisitos que la Ley exige para poder hablar de lesión resarcible es que el perjuicio sea evaluable económicamente. No obstante, como ya se ha dicho en la evolución histórica de esta institución, en dicho concepto se incluyen no sólo los daños en bienes y derechos patrimoniales, como sucedía cuando compartía el mismo ámbito de aplicación que la expropiación forzosa, sino que también son indemnizables otros daños como los morales, corporales, etc. Muchas son las muestras que al respecto ha ofrecido y lo hace cada día la jurisprudencia, así no es infrecuente encontrar sentencias en que se condena al pago de indemnización por daños de este tipo”; GAMERO CASADO, E., FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007), *Manual básico de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, p. 503: “El requisito de *daño evaluable económicamente* impide la reparación de daños carentes de reflejo patrimonial. Ha de demostrarse la realidad del daño y su cuantía. Sin embargo, la jurisprudencia entiende indemnizables los daños físicos –como las lesiones corporales- o morales –como el fallecimiento de un familiar-”.

<sup>463</sup> GAMERO CASADO, E., FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007), p. 510: “En los casos de daños personales (como lesiones físicas, psíquicas y el fallecimiento mismo) es evidente que no son aplicables los criterios de la legislación expropiatoria ni fiscal, como tampoco pueden existir valores de mercado (pues se trata de bienes de la personalidad), y, tal vez por ello, la LRJPAC no contempla criterio alguno, sino que parece remitir la cuestión directamente a los tribunales. A este respecto, aunque la casuística es muy variada, como regla general, la jurisprudencia calcula el importe de la indemnización teniendo en cuenta una serie de factores: la edad del fallecido, sus ingresos anuales, las cargas familiares (sobre todo, la edad de los hijos), las expectativas profesionales fundadas, así como otros módulos objetivos semejantes ponderados con arreglo al principio de equidad”.

<sup>464</sup> A modo de ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 18 de julio de 2000, FJ. 8º: “Procede, en virtud de lo razonado, con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Carmen, doña Concepción, doña Gloria y don Diego S. M. P. contra la resolución de 5 de julio de 2000 del Concejal Delegado de Cementerios del Ayuntamiento de Málaga, por delegación del Alcalde, por la que se desestima la petición presentada el 27 de abril de 1990 en reclamación de 500.000.000 de pesetas por haber desaparecido los restos mortales de su difunto padre don Diego S. M., interventor que fue de la corporación demandada, del nicho ... del Cementerio de San Miguel de Málaga, por desalojo y traslado al osario común, anular el acto administrativo impugnado, por no ser conforme a derecho y, en su lugar, condenar al Ayuntamiento de Málaga a abonar a los actores en concepto de indemnización por daños morales actualizada a la fecha de la presente resolución la suma de 1.000.000 de pesetas y desestimar el recurso contencioso-administrativo en todo lo demás. Habrá lugar a los intereses legales

Como no podría ser de otro modo, esta doctrina ha sido adoptada de igual forma por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia españoles. Así, es posible encontrar sentencias en las que se obliga a diferentes Administraciones públicas a indemnizar por daño moral a los familiares y allegados del fallecido cuando los servicios funerarios que dependían de dicha Administración no han sido ejecutados correctamente<sup>465</sup>.

Podemos concluir que en los casos en que una Administración Pública es responsable del incumplimiento de los servicios funerarios contratados se aplica el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en la Ley 30/1992 (que será sustituido por la Ley 40/2015) y así lo ha entendido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Tribunal Supremo (el ejemplo más claro lo representa la Sentencia citada de la Sala tercera, de 18 de julio de 2000) y los Tribunales Superiores de Justicia.

No obstante, es posible encontrar sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que resuelven sobre situaciones similares provocadas también por la mala actuación de las Administraciones Públicas sin tomar en consideración el régimen de la Ley 30/1992 y, por lo tanto, sin entrar a valorar el requisito exigido en esta Ley de que el daño sea efectivo,

---

derivados de la aplicación del artículo 106 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a partir de la notificación de la presente sentencia, con el incremento previsto en el citado artículo si se dan los presupuestos legales para ello”.

<sup>465</sup> En esta línea, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha número 92/2003, de 24 de febrero, FJ. 3º: “Recordemos con la STS DE 18 de julio de 2000 que el traslado de los restos de un familiar sin conocimiento de los familiares que mantienen una relación de afecto con el recuerdo del difunto comporta un dolor para éstos que debe ser considerado como un daño moral efectivo, individualizable y susceptible de ser compensado mediante una indemnización de carácter económico; esto, que puede postularse con carácter general, como daño o perjuicio indemnizable, se aprecia con claridad en el supuesto presente, en el que incluso la parte demandada alberga alguna duda de si los restos que finalmente les fueron exhibidos a los familiares eran realmente los del pariente difunto. Los familiares habían adquirido una suerte de confianza legítima en que, habiendo adquirido la sepultura a perpetuidad en 1967, situaciones como la presente no se debían dar. Es de destacar que el funcionamiento anormal del servicio público se cifra, sobre todo, en no comprobar con la debida diligencia la titularidad de la sepultura, toda vez que, aceptando a efectos dialécticos la situación más favorable para el Ayuntamiento, existían al menos dos fichas de la sepultura en cuestión, folios 7 y 8 del expediente, con igual fecha de adquisición de la propiedad, y sin aparente preferencia de tipo fiscal, pues no consta que ninguno de los dos titulares que figuraban en las fichas hubiera abonado la tasa municipal correspondiente; la más elemental regla de prudencia aconsejaba tramitar un expediente en forma, y no adjudicar sin más gestión a una de las personas que figuraba, aceptando a mayor abundamiento la renuncia a los derechos pertinentes sin –que nos conste, al menos– procedimiento ni comprobación algunos. La relación de causalidad, pues, queda suficientemente probada, de ahí que declaremos la existencia de responsabilidad patrimonial en la actuación municipal”; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco número 515/2008, de 4 de julio, FJ 6º: “Dentro de las creencias y sistema cultural vigentes en nuestra sociedad cabe señalar que la desaparición de los restos de personas que, en vida, estuvieron rodeadas de estimación/afecto y cuya memoria se guarda, produce una perturbación moral/psíquica/sentimental, y origina unos daños/perjuicios morales, merecedores, en lo posible, de indemnización económica, dentro de unos límites razonables. El daño moral causado deriva de la imposibilidad de poder dar a los restos mortales de una familiar sepultura en un panteón familiar”.



evaluabile económicamente e individualizado (requisitos que, como hemos mencionado, se han conservado en el artículo 32 de la Ley 40/2015). Como muestra, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, número 964/2000, de 19 de octubre, en la que se admite la existencia de daño moral ocasionado por el Servicio Valenciano de Salud a los familiares del difunto por haberles privado de la posibilidad de asistir al paciente en sus últimos momentos de vida<sup>466</sup>.

Pese a la diferencia del tratamiento otorgado por las dos Salas del Tribunal Supremo, el resultado desde el punto de vista práctico es el mismo, es decir, el Tribunal Supremo aprecia el daño moral infligido a los familiares de los difuntos por la mala gestión de los servicios funerarios que sean responsabilidad de la Administración Pública, ya sea esta responsabilidad exigida por la vía contencioso-administrativa o ya por la vía civil.

Por último, debemos analizar aquellos incumplimientos de servicios funerarios contratados entre particulares. En estos casos nos encontramos ante un supuesto de contratación entre sujetos privados (la empresa funeraria y los familiares del fallecido) en el que deberá determinarse la existencia de daño moral por incumplimiento de lo contratado conforme al régimen general de responsabilidad contractual establecido en el Código Civil<sup>467</sup>. Así lo entiende el Tribunal Supremo y consecuentemente las diferentes Audiencias Provinciales. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo 559/2002, de 10 de junio (FJ. 2º), expone: “En los mismos términos se manifestó la Audiencia Provincial, razonando su rechazo a la alegación de la supuesta falta de jurisdicción en el hecho de que el objeto del litigio era la reclamación de responsabilidad contra PARCEMASA por incumplimiento contractual con resultado de daños morales, la cual no traía causa del ejercicio de funciones administrativas reguladas por el Derecho Administrativo, sino de relaciones u obligaciones propias del Derecho Civil. La demandante, en efecto, no impugnaba ningún acto o resolución administrativa sino que accionaba en base a la actuación que calificaba como negligente de una sociedad mercantil en el cumplimiento del contrato que con la misma había

---

<sup>466</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, número 964/2000, de 19 de octubre, FJ. 1º: “En el supuesto que nos ocupa resultaría aventurado y hasta ofensivo para la familia sentar que la muerte del padre no les ocasionó dolor alguno, pues cuando se trunca una vida siempre deja algún rastro de sufrimiento, pena y aflicción, y también desazón y atrición en sus más allegados, sobre todo si se da la circunstancia de no haber tenido al menos la posibilidad de asistir al paciente en los últimos momentos de su vivir y con efectos de pesar y desasosiego por haberseles privado de llevar a cabo su velatorio y enterramiento inmediato, como es lo normal, debido todo esto al retraso provocado por el actuar poco ejemplar del Servicio Valenciano de Salud, lo que es bastante para instaurar desequilibrio y desarmonía humana intensa, que, al presentarse como daño espiritual, autoriza a considerar que se produjo al actor efectivo daño moral”.

<sup>467</sup> SOLÉ FELIÚ, J. (2009), p. 33, “[e]n otros casos, la tutela de un interés inmaterial no constituye el objeto principal del contrato, pero el tipo de prestación o la forma en que el deudor debe ejecutarla, conlleva el deber de respetar determinados intereses inmateriales de las partes, de modo que el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento del contrato implicará necesariamente la lesión de aquellos intereses inmateriales. En tales casos, el daño moral resulta ser también condición necesaria y previsible del incumplimiento, en tanto que se encuentra ligado de forma indisociable con la lesión de intereses de naturaleza inmaterial tutelados por el contrato, que el deudor debió respetar. Un ejemplo lo ofrece la jurisprudencia relativa a los contratos de servicios funerarios, cuyo incumplimiento daña los sentimientos de estima o de respeto que los familiares sienten por el difunto”.

formalizado. Ha de aceptarse la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida sobre este particular, especialmente si se tiene en cuenta que en la misma se declara probado que la señora B. tras haber suscrito con PARCEMASA un contrato que le daba derecho al uso de un nicho durante cincuenta años, introdujo en el mismo los restos de su marido y dio cumplimiento a los demás requisitos que le fueron exigidos (entrega de cantidad inicial, domiciliación bancaria de posteriores recibos, colocación de lápida ajustándose a normas reglamentarias). Luego debido a la actuación negligente de algún empleado de PARCEMASA, se extravió el expediente y ante la ausencia del mismo se procedió a vaciar el nicho asignado a la actora, siendo arrojados a la fosa común los restos que contenía. Es evidente, por ello, el ámbito estrictamente privado en que se desarrollaron los hechos en que la actora fundamenta su pretensión de reparación de los daños y perjuicios derivados de aquéllos”<sup>468</sup>.

#### **6.2.4 Daño moral por pérdida de oportunidad de abogado y procurador**

La figura de la pérdida de oportunidad, cuyo origen se encuentra en el Derecho francés (*perte de chances*), consiste en la frustración de aquellas expectativas patrimoniales y/o personales que el perjudicado pudiese poseer, siendo precisamente la amplitud de la naturaleza de tales expectativas lo que diferencia la pérdida de oportunidad de conceptos jurídicos tales como el lucro cesante. La apreciación de esta figura se encuentra asentada entre la doctrina nacional<sup>469</sup> así como entre los tribunales españoles lo que, según recuerda

---

<sup>468</sup> En el mismo sentido de la STS 559/2002, de 10 de junio: Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada número 303/2005, de 26 de abril, FJ. 4º: “La representación de la Funeraria disiente de la cuantía de la indemnización solicitada y concedida, cuantía que, cuando se trata de indemnizar el daño moral, como es el caso, tropieza con la dificultad de la imposibilidad de evaluar en dinero el daño estrictamente moral o inmaterial, ya que se trata de bienes que “*per se*” no tienen precio. Pero como quiera que la única forma de reparar éste perjuicio, al amparo del citado art. 1.101 cc, es a través de una suma de dinero, la regla para su cuantificación es dificultosa, como dificultosa es la prueba dirigida a justificar el quantum que se pide. El codemandado no ha articulado contraprueba a través de la que, caso de estimarse la demanda, acreditare cual habría de ser la cuantía de la indemnización, disponiendo solo el Tribunal del bagaje probatorio proporcionado por el testimonio de las dolientes y del que se infiere que no es excesivo si lo comparamos con el sufrimiento psíquico o espiritual causado a la familia del fallecido como consecuencia de la conducta y actividad de los codemandados y resultado del servicio irregularmente prestado”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 468/2006, de 22 de septiembre, FJ. 3º: “Teniendo en cuenta lo sentado en el fundamento jurídico anterior, no cabe hablar de un cumplimiento defectuoso del contrato, sino del incumplimiento contractual, con la correspondiente consecuencia de la indemnización de los daños y perjuicios. Cabe, pues, estudiar conjuntamente los restantes motivos del recurso, ya que todos ellos giran en torno al quantum indemnizatorio y a la extensión de los daños morales. La sentencia de instancia realiza adecuadamente el planteamiento sobre este extremo pues, además de valorar el incumplimiento acreditado y reconocido, tiene en cuenta las especiales características del contrato, el hecho de que se hubiera estado abonando la cuota durante 44 años para poder recibir un servicio funerario digno y completo, las circunstancias personales y familiares que rodearon los hechos y el evidente daño moral que la viuda y las hijas del causante sufrieron ante el cúmulo de desaciertos y errores que se dieron con ocasión del fallecimiento del esposo y padre de las demandantes”.

<sup>469</sup> Por todos, ROCA TRÍAS, E., NAVARRO MICHEL, M. (2011), p. 203, “[l]a pérdida de oportunidad se produce cuando una persona tiene una posibilidad de hacer algo que puede conllevar un beneficio, posibilidad que pierde por culpa de otra persona. Se trata de un supuesto en que existe una cierta incertidumbre sobre el éxito o no de la posibilidad que se tenía, pero existe también la certidumbre de que

MEDINA ALCOZ<sup>470</sup>, ha sido debido, entre otros factores, a la aceptación de la pérdida de oportunidad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>471</sup>.

La pérdida de oportunidad puede acontecer en ámbitos distintos (principalmente en los servicios prestados por abogado y/o procurador; en servicios médicos; y en relaciones con la Administración). En este punto, su análisis se limitará (debido principalmente a la proliferación de reclamaciones por pérdida de oportunidad en este sector profesional) a la relación contractual del cliente con su abogado y/o con su procurador, esto es, aquellos supuestos en que una incorrecta actividad del profesional contratado impide al cliente conseguir un resultado judicial concreto<sup>472</sup>.

---

una persona tenía una oportunidad de obtener alguna ventaja y la ha perdido por causa ajena. Es muy frecuente la reclamación por este daño en caso de responsabilidad de abogados o procuradores que no presentan un recurso a tiempo, lo cual priva al cliente de la oportunidad de que un tribunal superior revise el caso desestimado en una instancia inferior. En estos casos, no se sabe si el tribunal superior hubiese dado la razón al cliente, pero sí se sabe que el cliente tenía una oportunidad, que consiste en acceder a un tribunal superior, que ha perdido por la negligencia de su abogado o procurador”.

<sup>470</sup> MEDINA ALCOZ, L. (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Navarra, p. 158, “el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado reiteradamente sobre el resarcimiento del daño causado por una oportunidad perdida; y al tratarse de un concepto dañoso y resarcitorio carente de arraigo en el derecho español, la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se ha hecho sentir”.

<sup>471</sup> A modo de ejemplo: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2002, Punto 57, apartado 3, “[l]a única reparación posible consiste entonces en conceder al demandante en concepto de daño moral una suma, no por la pérdida de oportunidades sino calculada en equidad, para compensarle por haberse encontrado en una situación en la que el derecho interno no le permite reparar la violación del artículo 6” ; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de octubre de 2003, Punto 141, “[e]l Tribunal recuerda que no podría especular sobre lo que hubiera podido haberse producido si no hubiera habido incumplimiento de las garantías procedimentales del artículo 6 del Convenio (Sentencia *Benham* anteriormente citada, ap. 68 y Sentencia *Findlay* contra el Reino Unido de 25 febrero 1997, Repertorio 1997-I, aps. 84-88), salvo si concluye la existencia de características especiales en el asunto que denotaran una “pérdida de oportunidades reales” (Sentencia *Perks* y otros anteriormente citada, aps. 80 y 81 y Sentencia *Goddi* contra Italia anteriormente citada, ap. 35)”.

<sup>472</sup> GARCÍA VARELA, R. (1998), “La apreciación del daño moral en el acto negligente de un procurador”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N°2, p. 1982: “Una cuestión de factible planteamiento en la praxis es la del daño moral con mención a la responsabilidad civil del procurador en supuesto de una actuación profesional imprudente”; ILLESCAS RUS, V. (1999), p. 256, “[t]ambién en nuestro criterio al igual que en el de la mejor doctrina comparada la frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño cierto en sí mismo. Hay, desde luego, “certidumbre en el perjuicio” que supone la oportunidad misma perdida, abstracción hecha de que pueda haber mayor o menor “certidumbre de probabilidad” del éxito de la expectativa. El resultado de ésta es futuro, aleatorio e incierto, y sólo en el caso de ser favorable se habría producido un segundo o ulterior daño, que no existiría, desde luego, en caso contrario. Este daño eventual adolecerá o no de naturaleza pecuniaria según los casos, pero la pérdida de oportunidad, en cuanto tal, como hecho, tanto puede ser fuente de daños patrimoniales como extrapatrimoniales”; MARTÍ MARTÍ, J. (2007), *La responsabilidad civil del abogado y del procurador. Estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y de procurador. Cuantificación de los daños y estudio de la casuística jurisprudencial*, Bosch Editor, Barcelona, p. 83: “La falta de cumplimiento del plazo, bien por no presentar el escrito, bien por presentarlo sin la fundamentación debida, es una conducta en sí misma sancionable, con independencia de cual fuere el resultado final, pues

Uno de los primeros problemas a deslindar en el análisis de la pérdida de oportunidad se encuentra en la prueba del nexo causal. Al respecto, PANIZA FULLANA mantiene que no puede existir una indemnización por pérdida de oportunidad cuando no exista una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado<sup>473</sup>. Y es precisamente esta dificultad la que ha provocado una gran cantidad de críticas por parte de la doctrina a las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en las que la pérdida de oportunidad deriva en el reconocimiento al afectado de un daño moral contractual. XIOL RÍOS sostiene que “[u]na observación de las sentencias en las que se acepta la falacia daño moral/pérdida de oportunidad nos pone de manifiesto que se parte de la consideración de que la pérdida de oportunidades es susceptible de ser considerada como un daño moral. Mediante esta justificación se logra salvar los inconvenientes derivados de la falta de nexo de causalidad, pues se admite la existencia de un daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidades. El concepto de pérdida de oportunidad desenvuelve, por consiguiente, un papel auxiliar, encaminado a desempeñar una función instrumental para la determinación del importe de la indemnización por daño moral con arreglo a un criterio de proporcionalidad”.<sup>474</sup>

La doctrina mayoritaria prefiere advertir, con cierto pragmatismo, que el Alto Tribunal suele estimar la existencia de estos daños no porque realmente haya pruebas que demuestren el padecimiento de un daño moral derivado de las expectativas frustradas del perjudicado, sino porque es imposible estimar la existencia de daños patrimoniales derivados de la pérdida de oportunidad ante la dificultad de probar un nexo causal que demuestre que la frustración de expectativas producida deriva en un daño patrimonial concreto y cuantificable<sup>475</sup>.

---

supone privar a la parte que no ha obtenido satisfacción procesal en la instancia, del derecho que a su pretensión pueda ser de nuevo valorada y examinada en la alzada”.

<sup>473</sup> PANIZA FULLANA, A. (2012), “Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 11/2012 (Comentario) (BIB 2012\285) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 8, “[e]l daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. Una cosa es que nadie puede prever con absoluta seguridad que la reclamación prosperaría ante los Tribunales; y otra distinta que no se obtenga porque no fue planteada; partiendo de unos criterios lógicos y razonables de actuación profesional”.

<sup>474</sup> XIOL RÍOS, J. A. (2010), “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 1, Vol. 109, p. 13.

<sup>475</sup> A modo de ejemplo, PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C. (2006), pp. 94 y 95: “Considero conveniente demandar una mayor precisión en las resoluciones que tienen por objeto la indemnización por daño moral derivado del comportamiento omisivo de abogados o procuradores. Sólo la correcta determinación del daño indemnizable y su naturaleza, permitiría abordar la correcta reparación del interés lesionado, evitando situaciones abusivas y poniendo fin a la utilización del daño moral como comodín para englobar conceptos indemnizatorios de difícil incardinación en su contenido”; MARTÍN MORENO, J. L. (2007), “Función consultiva en los procedimientos de creación del derecho. Pérdida de oportunidad y daño moral”, *Revista española de la función consultiva*, Nº7, enero-junio (2007), p. 109: “La responsabilidad por la pérdida de oportunidad no puede traducirse siempre en la apreciación de un daño de naturaleza moral, en

Sin embargo, como ya hemos indicado, en contra de la doctrina mayoritaria, el Tribunal Supremo tiende a relacionar la pérdida de oportunidad con el sufrimiento por el perjudicado de daños morales<sup>476</sup>. Entre toda esta jurisprudencia, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo número 543/2003, de 29 de mayo, donde se identifica la conducta negligente de la letrada de los actores que ha evitado la posibilidad del examen del recurso presentado, con el daño moral infligido a los demandantes<sup>477</sup>.

---

la búsqueda de una solución equitativa, como parece ser la tendencia que se aprecia no sólo en nuestra jurisprudencia, sino también en la del TEDH, cuando de la pérdida de oportunidades procesales se trata. Este maridaje entre daño moral y pérdida de oportunidad resulta forzado en ocasiones, cuando lo que se alega no es la consideración de un daño autónomo por así llamarlo, sino las consecuencias dañosas de la frustración definitiva de una probabilidad de éxito muy elevada que hubiera reportado ventajas patrimoniales"; MOREO ARIZA, J. (2007), "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado", *Indret* 1/2007 (www.indret.com), p. 15: "Independientemente del incumplimiento que, en realidad, se atribuya, resultan más numerosas las sentencias que configuran como moral el daño derivado de la incorrecta praxis profesional del abogado. Como señala la doctrina más cualificada en esta materia, el daño moral se convierte así en remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico".

<sup>476</sup> SALAS CARCELLER, A. (2007), "La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad", en SEIJAS QUINTANA, J. A. (coordinador), *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Madrid, p. 426, "[a]nte la incertidumbre sobre el resultado estimatorio o desestimatorio que habría de obtenerse ante los tribunales, se tiende a indemnizar el daño moral que supone la pérdida de tal oportunidad y de la obtención de la tutela judicial consistente en el dictado de una resolución fundada en derecho"; ACEDO PENCO, Á. (2008), p. 115, "[l]a jurisprudencia viene condenando a los abogados, básicamente, en cuatro supuestos, desde luego los más claros que pueden producirse son: por no cumplir el encargo realizado por el cliente y aceptado por el letrado; por mala práctica profesional al no informar adecuadamente a los clientes; por presentar demandas, recursos o escritos de cualquier clase fuera de plazo; y por no asistir el abogado al juicio, comparecencia, vista o diligencia a defender a su cliente estando citado al efecto".

<sup>477</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 543/2003, de 29 de mayo, FJ. 3º: "De la anterior jurisprudencia, y atendidos los matices diferenciales que en la misma figuran, forzosamente se ha de concluir que el Tribunal de instancia no la ha tenido en cuenta, cuando debía de hacerlo; y ha basado la desestimación de las pretensiones de los actores en la imposibilidad, lo que es razonable, de estimar que el recurso hubiera prosperado con las consecuencias indemnizatorias descritas por los actores, que son las que hubieran tenido que figurar en la resolución favorable del recurso. Pero hay que insistir en que por el contrario no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la Abogada de los actores, que ha privado a éstos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que, precisamente la Abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido a los demandantes, que esta Sala al asumir la instancia por estimar este motivo de casación, valora libre y razonablemente en dos millones de pesetas (2.000.000 de pesetas) para cada uno de los afectados"; en la misma línea, Sentencia del Tribunal Supremo número 396/1996, de 20 de mayo, FJ. 3º: "Ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del Procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello, tarea imposible, y que, al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía su favor la parte demandante, no obstante, aquel recurso en el caso de haberse ejercitado concluyera con la desestimación, sin que pueda ser objeto de revisión, como ya se ha dicho, la indemnización establecida por el daño moral"; Sentencia del Tribunal Supremo número 273/2005, de 28

No obstante, tal vez esta relación que establece nuestro Tribunal Supremo entre pérdida de oportunidad y daños extrapatrimoniales no es la más acertada, ya que como entiende la doctrina mayoritaria debería plantearse un estudio más profundo del nexo causal que permita el resarcimiento de los daños producidos, con independencia de su naturaleza, por la pérdida de expectativas.

Pese a esta resistencia, hay que señalar que el Tribunal Supremo (más o menos acertado en sus conclusiones jurídicas) permite a los afectados por una mala praxis profesional obtener una indemnización que si bien no cubre exactamente sus expectativas frustradas al menos sí supone un paliativo para el daño sufrido, mientras que si se aplicase la postura defendida por la gran mayoría de los autores, la práctica totalidad de reclamaciones de daños por mala praxis de procurador y/o abogado quedarían sin ser indemnizadas.

### **6.2.5 Daño moral por contrato de cambio de moneda**

Dentro de este apartado se encuadran aquellos supuestos en los que al realizar un cambio de un tipo de moneda a otro en un establecimiento (generalmente una entidad bancaria) la moneda proporcionada es dinero falso, lo que implica que el sujeto que contrató el cambio de divisa con la empresa cambiaria sufra daños de diferente índole (entre los que pueden encontrarse daños morales) cuando haga uso del dinero cambiado. Algunos autores critican que nuestro Tribunal Supremo estime la existencia de daños no patrimoniales en estas situaciones pues consideran que el daño moral que sufren los afectados no posee su origen en la prestación principal que constituye el contrato celebrado de cambio de moneda, consistente en la entrega al cliente de la moneda requerida por éste (lo que supone una prestación puramente patrimonial), sino que los daños extrapatrimoniales derivan de circunstancias accesorias que surgen como consecuencia del uso de la moneda cambiada<sup>478</sup>.

---

de abril, FJ. 2º: “Esta Sala tiene declarado que los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía imponen al Abogado una actuación con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los cánones profesionales recogidos en el Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su proceder ( STS de 4 de febrero de 1992), y, en este caso, en atención a la relación contractual de servicios entre Abogado y cliente, el daño moral del actor deriva de la clara insatisfacción producida por la negligente inactividad del Letrado don Rodrigo en la defensa de los intereses que le fueron encomendados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquél en el referido juicio en su contra deducido sobre resolución del contrato de arrendamiento rústico, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales, por lo que esta Sala, tras ponderar los datos demostrativos obrantes en las actuaciones, acuerda señalar la cantidad de doce mil veinte euros con veinticuatro céntimos (12.020,24 €), como la correspondiente a la indemnización por dicho concepto”.

<sup>478</sup> Por todos, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2006), “Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2614)”, *Revista de derecho patrimonial*, N° 16, pp. 283 y 284: “El recurrente sí que sufre daños morales, daños que se concretan en la angustia, la ansiedad y el miedo que le produce ser detenido, por sorpresa, por la policía de un país extranjero, ser fichado y ser interrogado de modo público, delante de sus vecinos; pero ello con independencia de que estos hechos puedan constituir además una lesión de ciertos derechos fundamentales del ciudadano español y su compañera sentimental, lesión de la que en todo caso responderá la Administración norteamericana, si se dan los presupuestos para ello, pues son sus agentes y no la entidad bancaria los que de modo material

Por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que en estas situaciones la entidad que realiza el cambio de divisas posee un deber que podría ser llamado principal y un deber accesorio o secundario. Por un lado, el deber principal consistiría en el efectuar de manera correcta el cambio de moneda objeto del contrato con el cliente mientras que, por otro lado, el deber accesorio o secundario implica comprobar la autenticidad de la moneda suministrada al cliente cuando se realiza el cambio solicitado. Por ello, el Alto Tribunal concluye que todos aquellos daños de naturaleza no patrimonial que derivasen del incumplimiento por parte de la empresa cambiaria de las obligaciones accesorias surgidas del contrato de cambio de moneda deben ser indemnizados conforme al régimen establecido en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, ya que constituyen daños morales por incumplimiento de contrato. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo número 92/2005, de 17 de febrero, concluye que el concepto indemnizable deriva de la conducta de la entidad financiera que incumple el contrato de cambio mediando culpa, por lo que el banco debe indemnizar conforme al artículo 1101 del Código Civil los daños sufridos que no son otros que los daños morales<sup>479</sup>.

---

han producido tal vulneración de la libertad personal y del honor. El incumplimiento por parte de la entidad bancaria española de su obligación de cerciorarse de la autenticidad de la moneda se presenta únicamente como causa adecuada de que los protagonistas del caso sean detenidos y se les interroge en público y, por tanto, de que les provoquen las molestias y sufrimientos citados antes”; DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Navarra, pp. 42 y 43, “hay que saber en qué medida es el banco el causante del daño directo producido por las autoridades policiales. Desde luego, si se toma como base la doctrina llamada de la equivalencia de las condiciones, el Banco de Santander es el causante del daño. No es igualmente fácil de resolver la cuestión si se ponen en juego las causas de imputación objetiva. Es muy difícil sostener que el llamado fin de protección de la norma que en este caso es la norma legal o contractual que impone un deber de diligencia al banco tenga por finalidad evitar las afrentas y las vejaciones”.

<sup>479</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 92/2005, de 17 de febrero, FJ. 3º: “El motivo segundo del recurso de casación se refiere al incumplimiento contractual y los conceptos indemnizables en relación con la culpabilidad de las partes. Al amparo del núm. 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega la infracción de los artículos 1101, 1102, 1103, 1106 y 1107 del Código Civil. La cuestión es el concepto indemnizable, esencia de la acción ejercitada. Es claro el incumplimiento contractual y la culpabilidad del Banco al entregar billetes falsos, como declara la sentencia objeto del recurso. No es cierta la culpabilidad que ésta expone de la conducta de los demandantes, que califican de «contraria a las más elementales normas de la buena fe»; es una calificación jurídica revisable en casación que no es aceptable; unos particulares que obtienen papel moneda de una entidad bancaria, tienen derecho en confiar en ésta y no se les puede exigir una desconfianza que es impensable; por lo cual, cuando intentan hacer tres pagos con los tres billetes y los tres resultan falsos, no cabe imputar mala fe en los particulares, sino intolerable negligencia en el Banco; tampoco se puede aceptar que la conducta de los actores incida en la producción de perjuicios, sino que éstos derivan directamente y de forma exclusiva de la conducta del Banco. En definitiva, el concepto indemnizable deriva de la conducta de la entidad bancaria, que incumple el contrato de cambio, mediando culpa. De aquí que, según el artículo 1101 del Código civil debe indemnizar. Seguidamente, se expone en el fundamento de derecho quinto que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código civil la entidad demandada debe indemnizar a los demandantes los daños sufridos y éstos no son otros que los daños morales, que afectan a intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso presente que fueron atentados al sagrado derecho a la libertad personal, prescindiendo del tiempo que durara, al inalienable derecho a la dignidad, por las afrentas y vejámenes sufridos y al derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas en un país con

Asimismo, cabe indicar que las Audiencias Provinciales han adoptado la doctrina del Tribunal Supremo comentada, procediendo a valorar en sus resoluciones una mayor o menor indemnización por daños morales derivados del contrato de cambio de moneda según la gravedad de los perjuicios sufridos como consecuencia de la utilización del dinero falso suministrado por la entidad cambiaria, existiendo una mayor predisposición a la estimación del daño moral cuando el perjudicado padezca las situaciones de las que surge este daño en un país extranjero. De las Sentencias de las Audiencias Provinciales que hemos tenido la oportunidad de analizar es posible afirmar que la estimación del daño moral en estas situaciones así como la fijación del *quantum* de su indemnización dependerá de las especiales circunstancias personales y objetivas del caso concreto. Es razonable pensar que no soportará el mismo daño quien se vea privado de libertad o interrogado por

---

escasa tradición democrática, lengua desconocida y garantías ignoradas. La valoración jurídica de los daños morales es clara en su importancia y gravedad; la valoración económica, como en todo daño moral es difícil; lo que es razonable es la cuantía reclamada, a la vista de la entidad causante del daño (si en Derecho español existiera la indemnización punitiva sería muchísimo mayor) y del sufrimiento de las víctimas”, Sentencia comentada en SERRANO GÓMEZ, E. (2005), “Contrato de cambio. Daños morales. STS (sala 1ª) de 17 de febrero de 2005”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, págs. 113-115; en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo número 222/2005, de 28 de marzo, FJ. 3º: “Antes de entrar en el análisis pormenorizado del recurso de casación, procede que se exponga la posición de la Sala en este tema, expresión del incumplimiento de contrato que da lugar a responsabilidad (artículo 1101 del Código Civil) que será responsabilidad por equivalencia, es decir, indemnización (artículo 1107 del Código Civil) que se concreta en el daño moral que ha sufrido el demandante y recurrente en casación. En esta cuestión, débese partir de que se reitera la doctrina que se vertió en la sentencia de 17 de febrero de 2005 que trataba de un caso semejante, aunque no idéntico: coincide el hecho, es distinto el daño y la pretensión indemnizatoria, menor, fue acogida íntegramente. Tal como se ha apuntado, no se plantea duda alguna del incumplimiento contractual por el Banco de Santander Central Hispano a cuya calificación se aquietaba al no haber recurrido en casación. En el contrato de cambio, esta entidad bancaria, mediando el cobro del precio o comisión entregó apariencia de dólares, es decir, unos dólares falsos: incumplimiento claro de su obligación de entrega de la moneda a que se obligaba. En cuyo incumplimiento se da la culpa, cuya concurrencia se presume en todo caso de incumplimiento, presunción de culpa que se deduce de lo dispuesto en el artículo 1183 del Código Civil y que en el caso presente se desprende de la actuación de una entidad bancaria con alto prestigio y reputación y extraordinaria solidez económica, que carece de los medios mínimos para comprobar la autenticidad o falsedad de unos billetes de indiscutible difusión en todo el ámbito mundial. Tal como dice la sentencia recurrida, descartando el dolo –que ni siquiera se ha planteado– «por más que las entidades de crédito no tengan obligación legal o administrativa de comprobar la autenticidad de todos y cada uno de los billetes extranjeros que expenden, por lo que su conducta debía encuadrarse en el ámbito de la culpa, pues el cumplimiento del contrato de cambio le exigía la entrega de billetes auténticos, de cuya autenticidad debía cerciorarse por cualesquiera sistemas a su alcance». Tal incumplimiento da lugar a responsabilidad, tal como dispone el artículo 1101 del Código Civil, que no podrá ser el cumplimiento forzoso en forma específica, in natura, sino por equivalencia, *id quod interest*, es decir, indemnización de daños y perjuicios, como contempla el artículo 1107, que comprende los daños morales. La cuestión del daño moral es el extremo esencial del presente recurso de casación. Afecta a intereses espirituales del ser humano y se concreta a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incida en intereses económicos. Este es el daño objeto de la acción ejercitada”, Sentencia comentada en RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2006), “Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2614)”, *Revista de derecho patrimonial*, Nº 16, págs. 277-285.



los cuerpos de seguridad del país donde se encuentre que quien únicamente tenga que aclarar lo acontecido en el establecimiento en el que hiciera uso del dinero falso<sup>480</sup>.

Entendemos que es indudable que el ser interrogado, detenido, etc., por las fuerzas de seguridad como consecuencia de haber utilizado dinero falso sin ser consciente de ello

---

<sup>480</sup> En esta línea encontramos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos número 528/2006, de 27 de diciembre, FJ. 4º: "El daño moral se caracteriza tanto por la dificultad de su valoración conforme a criterios objetivos, pues se infiere a bienes o derechos de la persona que no son susceptibles de cuantificación económica, como por la variedad de situaciones y grados de intensidad con las que se pueden producir. Hay que tener en cuenta las especiales circunstancias personales y objetivas del caso concreto para determinar cual es la indemnización que corresponde en cada caso. De ahí que, si bien las sentencias antes citadas nos pueden servir como un criterio orientador para fijar cual puede ser la indemnización de un daño moral en un supuesto de entrega de moneda falsa, el resto de las circunstancias del caso concreto no tienen por qué ser las mismas. Con esta base sí podemos afirmar que las molestias y el grado de intranquilidad que sufrió el actor en el viaje que realizó a Cuba a finales del año 2004 no son merecedoras de una indemnización como la que se reclama en la demanda de 360.000 €. Se puede decir que el caso del actor se resolvió con una relativa buena fortuna y en un tiempo aceptable de modo que el grado de sufrimiento psíquico que pudo experimentar no es comparable a los supuestos que resuelven las anteriores sentencias. De hecho el actor, tras solucionar el problema con las autoridades cubanas, continuó su viaje en la forma que tenía programada, sin volver a España hasta el final de sus vacaciones, lo que en otra situación anímica hubiera sido impensable. En realidad el sufrimiento del Sr. Rodolfo consistió en la indudable intranquilidad que le produjo el día 3 de noviembre por la tarde la visita de un oficial de la policía cubana que le acusaba de haber pagado con moneda falsa, concretamente su hospedaje con un billete de 100 \$. La situación de desasosiego tuvo que continuar al requerirle el policía para que le acompañase a comisaría para la instrucción de las correspondientes diligencias por el pago que había hecho el Sr. Rodolfo, y donde, tras comprometerse el actor a requerir de su Banco al día siguiente la justificación de haberle entregado los dólares falsos, se le permitió marchar con la obligación de comparecer a primera hora del día 4 de noviembre, quedando retenido mientras tanto su pasaporte. Y la intranquilidad del Sr. Rodolfo tuvo que durar toda la noche hasta que al día siguiente pudo hablar por teléfono con los responsables de Caja Laboral y asegurarle estos que disponían de las fotocopias de los dólares entregados, las cuales se apresurarían a remitirle a Cuba vía fax, lo que así se hizo a las 17,26 horas del mismo día 4 hora española, 13 horas aproximadamente hora cubana. Con esta documentación en su poder el Sr. Rodolfo ya no tuvo más complicaciones, salvo la de pedir a Caja Laboral que le remitiese más dinero para poder continuar el viaje, concretamente 500 \$ que pidió a primera hora del 5 de noviembre y que recibió el mismo día"; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid número 22/2007, de 25 de enero, FJ. 4º: "La cuantificación de los perjuicios morales es siempre cuestión dificultosa, mas a la hora de evaluar si la que nos ocupa es desproporcionada contamos con un parámetro de referencia de indudable validez, cuales son las indemnizaciones fijadas por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de febrero y de 28 de marzo de 2005, resolviendo supuestos no idénticos mas con los que el presente guarda analogía. En ambos casos las sumas concedidas, pese a tratarse de hechos ocurridos con bastante anterioridad a los que nos ocupan, fueron sensiblemente mas altas. Es cierto que los actores no fueron privados de libertad como consecuencia de los hechos que nos ocupan. Solo durante parte de las siete horas que duró aproximadamente la escala en el aeropuerto de Pekín permanecieron no junto al resto del grupo, descansando, paseando y comiendo por las instalaciones, sino en las dependencias del banco donde se detectó la falsedad del billete, a la espera de que la situación se aclarase tras quedarse inicialmente el empleado de la entidad con su pasaporte. Ciertamente también que no viajaban solos, sino integrados en un grupo de parejas con el mismo destino y con un intérprete que suplía el desconocimiento del idioma. No existió intervención policial, no fueron objeto de trato vejatorio por las autoridades chinas y finalmente pudo materializarse la adopción de la niña que constituía el objeto del viaje. Todas esas circunstancias han sido tomadas en consideración por el juzgador de primera instancia y minoran la entidad del perjuicio".

siempre supone un trastorno moral, más aun si la persona aguanta este tipo de incomodidades en un Estado diferente del que reside, del que desconoce sus leyes y sus procedimientos tanto policiales como judiciales, por no hablar de que todo este elenco de situaciones puede complicarse si además se desconoce la lengua del lugar. Aunque es cierto que, como sostiene la doctrina contraria al reconocimiento de daños extrapatrimoniales por cambio de moneda, el daño moral padecido en estas situaciones es resultado de circunstancias accesorias al uso de la moneda cambiada, también es cierto que dichas circunstancias accesorias no hubieran acontecido de haberse cumplido correctamente el objeto del contrato de cambio de moneda por la entidad responsable de ello<sup>481</sup>.

Por estas razones nos adherimos a la interpretación que la jurisprudencia ha realizado en estas situaciones, pudiendo afirmar de esta forma que el daño moral tiene origen en dicho incumplimiento contractual. Además, lo contrario supondría ocasionar un estado de indefensión a la víctima, ya que como sosteníamos en párrafos anteriores, es más que comprensible que quien se vea afectado por estas circunstancias sufra daños personales de cualquier naturaleza.

#### **6.2.6 Daño moral por defectos y vicios de construcción de inmueble**

Como es sabido, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, limita en su artículo 17.1 la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de edificación por los daños materiales de los que adolezca la construcción. Este precepto únicamente contempla la responsabilidad, de forma individual o colectiva, según cada caso, de los autores de la obra por los daños materiales que el inmueble construido pueda tener, pero no se realiza mención alguna a los daños morales que una persona pueda soportar como consecuencia de los vicios constructivos existentes en la vivienda adquirida o reformada. No cabe duda de que la redacción del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación no abarca la regulación de daños extrapatrimoniales por defectos en la construcción, lo que implica que para poder apreciar tales daños en estas situaciones haya que acudir a otras normas relativas a los daños y vicios en la construcción de inmuebles<sup>482</sup>.

---

<sup>481</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2005), "Contrato de cambio. Daños morales. STS (sala 1ª) de 17 de febrero de 2005", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, p. 114, "[e]s evidente el incumplimiento y la culpabilidad del banco al entregar billetes falsos".

<sup>482</sup> CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid, p. 382: "Cuando la LOE recalca que sólo son resarcibles los daños materiales causados al edificio (v. art. 17.1), esto significa que sólo están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE, y también al seguro obligatorio del art. 19 LOE, los daños de primer tipo, esto es, los *costes de reparación de la materialidad de la obra*. De esta forma, no son resarcibles conforme a la LOE muchos de los daños que sí lo eran con arreglo al art. 1591 CC, pues el TS siempre entendió que las acciones de responsabilidad por ruina eran susceptibles de tutelar cualquier interés del perjudicado que hubiera podido ser menoscabado por el vicio o defecto ruinógeno"; COLINA GAREA, R. (2009), "Contratos de prestación de servicios y realización de obras", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director), *Tratado de contratos*, tomo III, 2009, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 3380, "[p]or lo tanto, la incorporación a la LOE de la garantía anual para los defectos de terminación y acabado constituye una medida normativa completamente nueva y previamente inexistente que contribuye a ampliar el ámbito

La jurisprudencia anterior a la Ley de Ordenación de la Edificación realizaba una interpretación más extensa de los tipos de daños abarcados por el artículo 1591 del Código Civil que los contemplados por el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la edificación. Así, gracias a la redacción general del artículo 1591 los tribunales pudieron aplicar los artículos 1101 y siguientes del Código Civil para fijar qué daños podían ser resarcidos, inclusive el daño moral<sup>483</sup>. Por poner sólo un ejemplo, puede recordarse la Sentencia de 22 de noviembre de 1997 en la que el Tribunal Supremo aprecia perjuicios morales para los propietarios ocupantes del inmueble que se vieron obligados a su desalojo por los vicios constructivos de los que éste adolecía<sup>484</sup>.

Si admitimos la utilización actual del artículo 1591 CC en aquellos supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 38/1999, el cual se encuentra descrito en su disposición transitoria primera<sup>485</sup>, parte de la doctrina considera precisamente que para poder apreciar el daño moral en estas situaciones es necesario acudir al artículo 1591 CC. O dicho de otra forma, ante la imposibilidad de poder aplicar la norma especial habría que proceder a la aplicación de la norma general, puesto que como sostienen GARCÍA MÁS y MARTÍN VIDAL, la no derogación expresa del artículo 1591 permite que sea aplicable a los daños que se produzcan como consecuencia de un contrato de obra que no tengan encaje en el artículo

---

objetivo de aplicación del régimen de responsabilidad por vicios constructivos en la edificación, puesto que se extiende su campo de actuación a todo un conjunto de anomalías que antes quedaban excluidas del radio de acción de una garantía decenal (art. 1591 Cc) limitaba al marco de los vicios ruínógenos, representados por la ruina en sentido estricto (ya fuese total o parcial), la ruina potencial y la ruina funcional”.

<sup>483</sup> SALVADOR CODERCH, P. (1993), “Comentario art. 1591 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 1192, “[l]a acción ex art. 1591 no excluye la posibilidad de exigir la indemnización de los daños causados ex art. 1101 CC.”

<sup>484</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1997, FJ. 3º, “[l]a incongruencia que se denuncia se refiere a que la sentencia de apelación concede una indemnización por daños morales en la cuantía de 450.000 ptas. –el juzgado había concedido 250.000 ptas.- a cada uno de los copropietarios, y la del juzgado se refiere a aquellos que hubieran tenido graves desperfectos en sus viviendas. Dicha decisión no contradice el pedimento suplicado, ya que el apartado b) resulta amplio y expresivo en este sentido y los acontecimientos posteriores, como bien explica el Tribunal de Instancia, lo justifican cumplidamente, pues hubo de procederse, consecuencia del incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consiguientes quebrantos no sólo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometida a las contingencias negativas de una defectuosa construcción”.

<sup>485</sup> ESTRUCH ESTRUCH, J. (2011), “Comentario al art. 1591 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (directores), *Código Civil Comentado*, volumen IV, Libro IV de las obligaciones y contratos, contratos en particular, derechos de daños y prescripción (artículos 1445 al final), Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 500, “[c]omo hemos dicho, a las responsabilidades derivadas de la ejecución de construcciones para las que se solicitó licencia de obra con anterioridad al día 6 de mayo se aplicará el art. 1591 CC y la jurisprudencia recaída sobre el mismo, que no se ha modificado pese a la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación”.

17 LOE siempre que puedan incluirse en el ámbito de la ruina funcional que fue elaborada por el Tribunal Supremo en torno a este artículo del Código Civil<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> GARCÍA MÁS, F. J., MARTÍN VIDAL, J. A. (2001), "Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 664, 2001, pp. 666 y 667, "[l]a no derogación expresa del artículo 1591 del Código Civil (DISPOSICIÓN DEROGATORIA PRIMERA. «Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley»), supone su persistencia en nuestro ordenamiento jurídico y su compatibilidad con la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que parece necesaria la expresa derogación de un precepto tan importante y que ha dado origen a una tan copiosa jurisprudencia como es el artículo 1591 del Código Civil. La Ley de Ordenación de la Edificación es una ley especial frente al 1591 que se considera como ley general; dicha especialidad puede referirse a los aspectos novedosos no contemplados por el Código Civil, anteriormente aludidos. Pese a ello, el artículo 1591 conserva un margen de aplicación: será aplicable a aquellos supuestos de contrato de obra que no se incluyan en el ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación, conforme al artículo 2 de ésta; así, se aplicará a aquellos contratos de obra que no afecten a una edificación en sentido estricto, sino a otras obras a las que el Tribunal Supremo ha extendido la aplicación del artículo 1591 (ya se citaron obras en un pozo o de construcción de una cantera), o a cualesquiera otras construcciones no contempladas por la Ley de Ordenación de la Edificación (presas, puertos, estructuras, muros). Igualmente tendrá aplicación el artículo 1591 a los daños que se produzcan como consecuencia de un contrato de obra, que no tengan encaje en los supuestos de daños materiales del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, pero que trate de daños que puedan incluirse en el amplísimo ámbito de la «RUINA FUNCIONAL» elaborada por el Tribunal Supremo sobre la base del citado artículo 1591"; en la misma línea, CORDERO LOBATO, E. (2000), "Comentario al art. 17 de la LOE", en CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C. (coordinadores), *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra, pp. 300 y 301: "Hasta en cuatro ocasiones, el artículo 17.1 LOE recalca que los daños resarcibles conforme al régimen de responsabilidad del artículo 17 son los *daños materiales causados en el edificio* por los vicios o defectos que se especifican en el citado núm. 1. No se alude ya –como hacía el art. 1591 CC– a los *daños y perjuicios* causados por la ruina. En efecto, en la solución de este tipo de conflictos, el Tribunal Supremo siempre entendió que las acciones de responsabilidad por ruina eran susceptibles de tutelar cualquier interés del perjudicado que hubiera podido ser menoscabado por el defecto ruinógeno. Se declaró, así, resarcible el daño al *interés de prestación* (interés consistente en tener un inmueble sin defectos) mediante las acciones de reparación en forma específica (por el deudor o a su costa, cfr. Art. 1908 CC) o por equivalente (indemnización de la depreciación del inmueble ruinógeno), y ello con independencia de quién –de entre los responsables solidarios– hubiera sido el demandado. En algún caso, el Tribunal Supremo ha estimado que también es indemnizable otro daño directo, el daño moral. Por otra parte, y como establece el artículo 1591 CC, deben ser indemnizados los daños y perjuicios causados por la ruina, expresión que permitió al Tribunal Supremo utilizar las reglas de los artículos 1101 y ss. del CC para determinar qué daños eran resarcibles"; ÁLVAREZ OLALLA, M. P. (2002), *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra, p. 148, "en efecto, el ejercicio de la acción prevista en el art. 1591 para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados en el inmueble no impide la posibilidad del perjudicado de exigir indemnización de otros daños causados ex art. 1101 CC"; BRENES CORTÉS, J. (2005), *Garantías por defectos en la construcción en la ley de ordenación de la edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 74, 75 y 77: "Este régimen legal de responsabilidad deja fuera de su ámbito de aplicación los daños morales indirectos, los daños corporales y los perjuicios económicos, los daños a los inmuebles contiguos y los causados a los bienes muebles situados en el edificio, planteándose la cuestión de cuál es el régimen de responsabilidad que debe aplicarse a los daños materiales que no encajan dentro de los estrechos márgenes descritos por el artículo 17, o que, quedando incluidos, se manifiesten una vez transcurridos los plazos de garantía previstos en la LOE, y a los daños causados a terceros. Por todo ello creemos que el verdadero problema interpretativo que plantea el régimen especial de responsabilidad previsto en el artículo 17 LOE no es el de

Por el contrario, otro sector doctrinal es reacio a la utilización del artículo 1591 CC para el resarcimiento de los daños no contemplados en la Ley de Ordenación de la Edificación, como sería el caso de los daños no patrimoniales. Las argumentaciones derivan de la dificultad de lidiar con dos regímenes de plazos diferentes (el de la LOE y el del CC), la defensa de la derogación tácita de este artículo tras la promulgación de la LOE y la innecesidad de acudir a este artículo existiendo un régimen general de responsabilidad contractual en nuestro código Civil. En este sentido, SEIJAS QUINTANA y SACRISTÁN defienden que las omisiones del artículo 17 no implican que sea de aplicación el artículo 1591 porque la referencia expresa a los daños materiales excluye cualquier otra regulación que se oponga a la misma, porque no resulta lógico que se confiera un mayor plazo de prescripción a estas obras que a las demás de mayor entidad contempladas en la Ley, y porque no es posible la obtención de un efecto económico a partir de unos criterios de imputación contrarios a la LOE. Por ello, estos autores sostienen que para reclamar indemnizaciones no recogidas en el texto del artículo 17 habrá que acudir a las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual<sup>487</sup>.

---

la posible derogación tácita del artículo 1591 CC sino el de su encaje y compatibilidad con el sistema de acciones contractuales y extracontractuales contemplados en nuestro Código Civil por daños ocasionados por la construcción de un edificio”.

<sup>487</sup> SEIJAS QUINTANA, J. A., SACRISTÁN REPRESA, G. (2007), “Responsabilidad civil. Construcción y proceso”, en SEIJAS QUINTANA, J. A. (coordinador), *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Madrid, pp. 188 y 189, “el artículo 17 de la Ley se refiere exclusivamente a los daños materiales dejando fuera los personales y los perjuicios económicos, como pueden ser los derivados del desalojo de la vivienda durante el tiempo que dure la reparación, o los causados al mobiliario instalado en el edificio, aunque todos ellos puedan ser objeto de las garantías que se prestan a través de los seguros. Estas omisiones no implican que se pueda aplicar el art. 1591. En primer lugar, porque se estaría dando una versión distinta de lo que se considera edificio, y la referencia expresa a los daños materiales excluye cualquier otra regulación que se oponga a la misma. En segundo lugar, porque no parece de sentido lógico jurídico que se confieran más garantías y un mayor plazo de prescripción a estas obras que a las demás de mayor entidad contempladas en la Ley. En tercer lugar, porque no es posible la obtención de un efecto económico a partir de unos criterios de imputación contrarios a la nueva Ley. Es razón por lo que a la hora de reclamar indemnizaciones distintas deberá hacerse por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, en su caso, dado que no existe precepto específico en la LOE que regule su resarcimiento, y estas acciones no se tienen más que contra el promotor. En la práctica supone combinar un doble régimen jurídico distinto y confuso en cuanto a la acumulación de acciones, legitimación, criterios de imputación y plazos existentes para reclamar las indemnizaciones, incluso cómputo de los mismos, lo que sin duda no parece conforme con un sistema que pretende la reparación integral del daño ni beneficia a quien lo sufre”; en la misma línea de pensamiento encontramos a CAPILLA RONCERO, F. (2001), “contratos de servicios (I): prestación de servicios y ejecución de obra”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>o</sup> R., VERDERA SERVER, R. (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 472 y 473: “En los supuestos en que sea de aplicación la Ley 38/1999, sus criterios serán aplicables a los casos de daños materiales causados en el edificio, pero queda la duda de saber a través de qué fundamento (y en qué plazo de garantía) se podrá reclamar, entre otras cuestiones, por otros daños materiales (p. ej. en el mobiliario de la vivienda), por daños morales o por lucro cesante; o para las construcciones excluidas del ámbito de la Ley 38/1999. Si nos inclinamos por la aplicación del art. 1591 CC para esos otros daños o construcciones, la situación es paradójica, pues la intensidad de la protección que ofrece ese precepto, al menos, en su interpretación jurisprudencial, es superior (en plazo de garantía y en partidas indemnizables) a la que brinda la Ley

Una vez estudiado el régimen de responsabilidad descrito en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación y en el artículo 1591 del Código Civil, es necesario proceder a continuación al análisis del régimen de responsabilidad por defectos en la vivienda contemplado en los artículos 148 y 149 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. En lo que aquí interesa, el fragmento a resaltar del TRLGDCU es la parte final del artículo 149, en el que se habla de los “daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico”. Como ya se ha indicado, el daño moral no se encuentra contemplado de forma concreta ni en el artículo 1591 del Código Civil ni mucho menos en el artículo 17 de la Ley 38/1999. Esta falta de regulación expresa de los daños personales es lo que permite a algunos autores considerar que puede exigirse responsabilidad por los daños no patrimoniales derivados de vicios en la construcción a través del mencionado artículo 149<sup>488</sup>.

---

38/1999”; RUIZ-RICO RUIZ, J. M., PASTOR VITA, F. J. (2002), “Los daños cubiertos por la LOE. El concepto de “daños materiales en el edificio” y su posible justificación. Los sujetos dañados: legitimación activa para reclamar la reparación”, en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (coordinadores), *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, Granada, pp. 70 y 71, “[e]s cierto, sin embargo, como se ha señalado por algunos autores, que diversas sentencias del Tribunal Supremo han admitido tradicionalmente, con base en el art. 1591 CC, la reparación de cualesquiera daños, además de los materiales del edificio. Sin embargo, resulta bastante dudoso el valor argumental de la citada jurisprudencia. En algunas de las sentencias allí incluidas no se explicita suficientemente si los respectivos actores ejercitaron o no en exclusiva la acción derivada del art. 1591, o si también recurrieron, como así sucedió en alguna de ellas, a acumular a ésta las acciones contractuales generales. En algunas otras, aunque no se dice abiertamente, el Tribunal recurre al conocido principio del «iura novit curia» para resolver, con base en las reglas generales más que en el art. 1591 CC, una petición de reparación de otro tipo de daños distintos de los materiales en el edificio”; PONS GONZÁLEZ, M., DEL ARCO TORRES, Á. (2003), *Comentarios prácticos a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, Granada, p. 248, “[l]a responsabilidad civil que pueden asumir los agentes que intervienen en el proceso de edificación, por los vicios o defectos de construcción, lo es con independencia de la responsabilidad contractual. Así lo dispone el párrafo inicial del núm. 1 del art. 17 de la LOE y lo reitera el núm. 9 del mismo precepto”; RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), “Comentario al art. 1591 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 1847, “la responsabilidad decenal por ruina prevista en el artículo 1591.1 ha sido derogada por el artículo 17 LOE en relación con aquellos contratos que tengan por objeto obras de edificación en el sentido del artículo 2 LOE, debiéndose entender también que, en relación al resto de vicios constructivos, resulta aplicable la doctrina del artículo 17 LOE a aquellas edificaciones no sometidas a la LOE, pues en otro caso se podría llegar al absurdo de entender que los plazos de garantía por vicios ruinógenos de una construcción destinada, por ejemplo, a caseta de un perro (edificación excluida del ámbito de aplicación de la LOE) son mayores que los plazos de garantía por vicios ruinógenos de una edificación destinada a vivienda”; OSSORIO SERRANO, J. M. (2011), p. 150, “el régimen de responsabilidades que establece la Ley es tan sólo para los daños materiales ocasionados en el edificio o partes del mismo (art. 17.1), de forma tal que deja fuera de su cobertura cualquier otro tipo de daños que puedan derivarse del defecto de que pueda adolecer (daños personales y morales, e incluso los que pudieran sufrir los muebles que haya dentro), para todos los cuales serán de aplicación, o bien las normas relativas a la responsabilidad contractual ex. arts. 1101 y ss. del Código Civil en caso de que los soporte el propio comitente que encargó la ejecución de la obra, o las de la responsabilidad extracontractual ex. arts. 1902 y ss. si quien los sufre es un tercero ajeno al servicio”.

<sup>488</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Á. (2009), p. 176: “El art. 149 establece, para la aplicación a la *construcción y comercialización de vivienda*, además de las exigencias del régimen de responsabilidad previsto en el art. 148,

Otros autores sin embargo interpretan de forma diferente el artículo 149 del TRLGDCU, pues aunque entienden que es cierto que este precepto amplía el tipo de daños reconocidos por el artículo 17 de la Ley 38/1999, también sostienen que el artículo 149 no incluye los daños morales, de modo que el sujeto que experimente estos daños deberá reclamarlos a través del sistema general de responsabilidad contractual contemplado en el Código Civil. Estos autores consideran, además, que si el daño no es imputable al autor de la obra (constructor, arquitecto, etc.), sino que es imputable a defectos en los materiales usados en la construcción, la reclamación del daño moral sufrido habría que realizarla a través del artículo 128.2 del TRLGDCU el cual implica, como ya vimos anteriormente, tener que acudir al régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil<sup>489</sup>.

Por cuanto se ha dicho, caben entonces a nuestro entender dos posibilidades diferentes para articular una demanda de indemnización por el daño moral derivado de vicios en la construcción a la luz del Texto Refundido: la primera se encuentra en el artículo 149 TRLGDCU, siempre que se verifique el supuesto de hecho contenido en él, ya que el daño moral que derive de los vicios arquitectónicos no se contempla de forma expresa ni en el artículo 1591 del CC ni en el artículo 17 LOE. Esta opción supone que la indemnización del daño moral reconocido, junto con el resto de partidas indemnizatorias, no podrá superar la

---

una exigencia más. Que los daños ocasionados por defectos de la vivienda *no estén cubiertos por un régimen legal específico*. Y lo están los daños materiales en la propia vivienda, siempre que se manifiesten dentro de unos plazos y sean consecuencia de ciertos vicios y defectos constructivos, puesto que a tales daños se refiere el régimen de responsabilidad previsto en el art. 17 de la LOE. Los daños no cubiertos por el régimen de responsabilidad de la LOE y que sí lo están por el art. 149 del TRLGDCU son los daños personales sufridos por el ocupante, el usuario de la vivienda, los daños en bienes materiales de uso privado (muebles deteriorados), molestias, gastos de traslado o de alquiler sustitutivo por necesidad de domicilio”.

<sup>489</sup> MILÁ RAFAEL, R. (2009), “Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda”, *Indret*, 1/2009 (www.indret.com), p. 21: “El promotor y constructor profesionales no responden por el régimen de responsabilidad del art. 149 TRLCU cuando los daños causados por defectos de la vivienda: 1) estén cubiertos por el régimen de responsabilidad del art. 17.1 LOE, o 2) tengan su origen en un defecto en los materiales de construcción incorporados al edificio, en cuyo caso se aplica el régimen de responsabilidad por daños causados por productos, que tiene carácter excluyente (arts. 135 y ss. TRLCU). En todo caso, el perjudicado por daños causados por defectos en la vivienda puede ejercer las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual que el art. 128, 2º párrafo, TRLCU deja a salvo y, en especial, deberá hacerlo si quiere obtener el resarcimiento de los daños excluidos del ámbito de protección de la LOE y del art. 149 TRLCU, que son los daños morales así como los daños materiales en bienes, distintos a la propia vivienda, destinados por el perjudicado a un uso profesional o empresarial”; MARÍN GARCÍA, I., MILÁ RAFAEL, R. (2015), “Daño moral contractual”, en GÓMEZ POMAR, F., MARÍN GARCÍA, I. (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, p. 261, “[e]n consecuencia, en los casos en los que es de aplicación la LOE el propietario de la edificación perjudicado por los daños morales derivados de la entrega de una vivienda con vicios o defectos constructivos sólo puede solicitar su reparación con base en el régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil (artículos 1101 y ss. y 1124 CC). Además, cabe destacar que los daños morales derivados de vicios o defectos constructivos tampoco son indemnizables con base en el artículo 149 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRLGDCU), pues el artículo 128, 2º párrafo, TRLGDCU, los excluye expresamente”.

cuantía de 3.005.060,52 euros, pues éste es el límite económico fijado en el artículo 148 del TRLGDCU para las responsabilidades derivadas de servicios de rehabilitación y reparación de viviendas. La segunda opción parte de considerar que si los vicios constructivos que generan el daño moral derivan de bienes o servicios defectuosos su indemnización deberá reconocerse a través del párrafo segundo del artículo 128 del TRLGDCU, lo que supone acudir al mismo tiempo al régimen general de responsabilidad contractual contemplado en el Código Civil y, concretamente, a los artículos 1101 y siguientes.

Frente a la doctrina que considera posible la indemnización de daños morales sufridos por defectos en la construcción-reforma de edificios, bien a través del artículo 1591 del Código Civil, bien a través del artículo 149 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, o bien a través de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, es posible encontrar otro grupo de autores que sostiene que el daño moral puede concebirse solamente cuando se vean afectados los derechos relacionados con la personalidad del sujeto (derecho al honor, intimidad, etc.). Estos derechos, según estos autores, no pueden verse perturbados por vicios y defectos en la construcción de inmuebles<sup>490</sup>. Entendemos que esta posición doctrinal es difícil de defender, pues resulta

---

<sup>490</sup> En defensa de esta postura encontramos a GARCÍA MUÑOZ, O. (2003), p. 4: “El problema radica en la desvirtuación que se da frecuentemente en la práctica de esta finalidad compensatoria que le es propia al daño moral por pretenderse incluir en su alcance conceptos indemnizables por daños materiales que, por lo general, o no se han podido probar o no se pueden cuantificar, dada su dificultad. Como sucede en el caso, el daño patrimonial puede presentarse encubierto por el daño moral, especialmente en los casos en los que se reclama por lucro cesante, es decir, por las ganancias que la víctima deja de obtener como consecuencia de una lesión. La deformación en la concepción del daño moral, utilizado como instrumento o excusa para reparar daños patrimoniales con la consecuencia de impedir el control de los criterios jurisprudenciales de su cuantificación, se ha puesto de relieve en algunos supuestos relativos a daños derivados por la ejecución de obras”; MARTÍNEZ MAS, F. (2007), “¿Es posible el daño moral por defectos de construcción?”, *Arte y cemento: revista de la construcción y su entorno*, N°6, ejemplar de 30 de marzo de 2007, p. 73: “No somos partidarios en este tipo de reclamaciones de admitir la existencia del daño moral indemnizable, en cuanto que entendemos, seguramente manteniendo una postura clásica y conservadora sobre el tema, que el ámbito objetivo del daño moral debe circunscribirse única y exclusivamente a la protección de los derechos de la personalidad, tales como el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, etc”; QUICIOS MOLINA, M. S. (2012), “Sentencia de 15 de julio de 2011. Incumplimiento de contrato de edificación por constructora y directores técnicos de la obra. Reclamación del daño moral sufrido por los socios de la cooperativa de vivienda que encargó la obra. Inexistencia de daño moral en el caso”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 89, 2012, p. 330, “[p]or mi parte, además de no parecerme adecuado utilizar el término molestias para identificar una perturbación anímica grave, tampoco tengo claro que la necesidad de buscar otra vivienda de forma temporal, lo que puede ocurrir tanto porque se entregue tarde una vivienda, o no se entregue nunca, como porque se entregue con defectos que le hagan inhabitable, sea el criterio que determine la existencia de daño moral. Habría que matizar, porque en la sociedad del bienestar en la que vivimos ese interés moral que formaría parte de un contrato de adquisición de vivienda, derivado del bienestar y la calidad de vida que pretenden conseguirse con la vivienda adquirida, está presente en muchos otros contratos por lo que adquirimos bienes y servicios de consumo. En consecuencia, habría que compensar por daño moral al consumidor que no disfruta plenamente de cualquier bien o servicio comprometido por el deudor, por culpa de éste. Lo que no me parece criticable si todos los consumidores merecieran la misma suerte. Mientras este grado de seguridad jurídica no pueda conseguirse, creo que debemos de ser restrictivos y apoyarnos en conceptos que tiendan a dar tal seguridad”.



contraria a toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la LOE en la que, como hemos mencionado, se admitía la indemnización del daño moral a través del artículo 1591 del CC.

Llegados a este punto, lo realmente relevante es pues analizar si el Tribunal Supremo continúa reconociendo el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales tras la promulgación de la Ley 38/1999 y, en tal caso, determinar cuál es la vía legal empleada para ello.

Antes que nada, recuérdese que el Tribunal Supremo afirma en varias de sus resoluciones que el hecho en sí de que existan vicios en la construcción no tiene porqué implicar necesariamente la existencia de daño moral, al igual que el incumplimiento de un contrato en sí mismo tampoco tiene que suponer necesariamente la existencia de daños no patrimoniales. Ahora bien, si es posible demostrar el sufrimiento de daños morales como consecuencia de desperfectos en la construcción-reparación de vivienda estos podrán reclamarse conforme al régimen del artículo 1591 CC, pues el Tribunal Supremo (al igual que la doctrina mayoritaria) considera que el artículo 17 de la Ley 38/1999 únicamente abarca el resarcimiento de daños patrimoniales.

La doctrina que el Tribunal Supremo aplica en esta materia se encuentra resumida en su Sentencia número 530/2011, de 15 de julio, en la que se declara que la existencia de un vicio constructivo no lleva aparejada de forma inseparable la indemnización de daños morales. Pero en el caso de que sea posible demostrar la existencia de estos daños, de que de los datos de carácter fáctico resulte una realidad especialmente grave que permita apreciar una indemnización diferente del daño material, la situación vivida por los defectos constructivos sería susceptible de reparación a través del artículo 1591 del Código Civil<sup>491</sup>.

---

<sup>491</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 530/2011, de 15 de julio, FJ. 5º, "[t]ratándose de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato tiene suficiente relevancia, por lo general, para entender excluida la obligación de responder por daños morales el hecho de que en un contrato de contenido predominantemente económico no se halle prevista y no se infiera de su contenido y consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley una obligación especial de diligencia para cubrir todos o algunos de los posibles daños morales derivados del incumplimiento (STS 10 de marzo de 2009). En la responsabilidad que se exige a los agentes de la construcción, el artículo 1591 del Código Civil, bajo el concepto "daños y perjuicios", no excluye ninguna suerte de daños causalmente vinculados a una defectuosa construcción, bien es cierto que las sentencias de esta Sala de 31 de octubre de 2002 y 7 de marzo de 2005, negaron la posibilidad de indemnizar el daño moral como consecuencia de vicios ruinógenos: "Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona; ... no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación del daño patrimonial". Posiblemente porque en ninguno de los casos había daño moral indemnizable, especialmente en el segundo en el que "los demandantes no se han visto privados del uso de sus viviendas ni de los cuartos de baño en que aparecieron los defectos denunciados". No sucede lo mismo en la Ley de Ordenación de la Edificación cuyo artículo 17 se refiere exclusivamente a los daños materiales, sobre los cuales instrumenta la responsabilidad civil de los que intervienen en la ejecución, poniendo fin a una tendencia decididamente expansiva del concepto de daños que se había producido en la jurisprudencia;

Por nuestra parte, según hemos indicado anteriormente, insistimos en la idea de que es innegable y lógico que el no recogimiento del daño moral en el articulado de la Ley 38/1999 no pueda ser impedimento para el reconocimiento del mismo por los tribunales en este tipo de situaciones, ya que lo contrario supondría un retroceso de las garantías contempladas en toda la jurisprudencia que se elaboró sobre el artículo 1591 del Código Civil con anterioridad a la promulgación de la mencionada Ley. Pero, por cuanto se ha visto, no podemos compartir la opción de acudir al artículo 1591 del Código Civil para estimar el daño moral en estas circunstancias. Más correcto, a nuestro juicio, hubiera sido apreciar la existencia del daño moral directamente a través del régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil (opción por la que, como hemos visto, se decanta parte de los autores citados), habida cuenta de que esta ha sido, además, la vía

---

razón por la que a la hora de reclamar indemnizaciones distintas deberá hacerse por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, en su caso, dado que no existe precepto específico en la LOE que regule su resarcimiento. En la práctica supone combinar un doble régimen jurídico distinto y confuso en cuanto a la acumulación de acciones, legitimación, criterios de imputación y plazos existentes para reclamar las indemnizaciones, incluso cómputo de los mismos, lo que sin duda no parece conforme con un sistema que pretende la reparación integral del daño ni beneficia a quien lo sufre. Pero lo cierto es que la Jurisprudencia de esta Sala admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como la del artículo 1591 del Código Civil, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal ( SSTs 16 de noviembre de 1986 : trastorno y angustia ocasionada a una familia que se vio obligada a abandonar la casa; de 10 de noviembre de 2005: pérdida de las vacaciones estivales; de 22 de noviembre de 2007: abandono de vivienda por obras defectuosas graves, entre otras). En lo que aquí interesa supone que la existencia de un vicio constructivo no lleva aparejada de forma inseparable la situación de "zozobra e intranquilidad" que refiere la sentencia, ni supone tampoco la frustración del deseo de obtener una vivienda en circunstancias óptimas para ser habitada. La responsabilidad deriva del daño y no del incumplimiento y este daño no resulta de los datos de carácter fáctico que refiere la sentencia pues de ninguno resulta una realidad especialmente grave que permita apreciar una situación de molestia, disgusto, aflicción o perturbación de alguna entidad determinante de una indemnización distinta del daño material causado por no haberse adoptado las necesarias medidas de buena construcción, susceptible de reparación a través del artículo 1591 del Código Civil. Los cooperativistas no se han visto privados del uso de sus viviendas, lo que posiblemente les hubiera generado un grave y evidente quebranto no solo patrimonial sino moral derivado de las molestias que resultan de la necesidad de buscar otra vivienda de forma temporal, como tampoco de ninguno de los elementos comunes afectados por la defectuosa construcción, que ya conocía la cooperativa antes incluso de recibir la obra, al margen del estado de ánimo que cualquier infracción puede producir a una persona, pero que no constituye en sí mismo un daño de entidad suficiente susceptible de indemnización independiente de los daños materiales"; Sentencia comentada en: QUICIOS MOLINA, M. S. (2012), "Sentencia de 15 de julio de 2011. Incumplimiento de contrato de edificación por constructora y directores técnicos de la obra. Reclamación del daño moral sufrido por los socios de la cooperativa de vivienda que encargó la obra. Inexistencia de daño moral en el caso", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 89, 2012, págs. 309-332; SERRANO RUIZ, M. Á. (2012), "Daño moral por vicios en la construcción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011 (RJ 2011, 5123)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 29, págs. 623-645.

elegida en otras ocasiones por el propio Tribunal (véase todo lo indicado en los apartados referentes al daño moral por pérdida de viaje y/o vacaciones) para estimar la existencia de daños extrapatrimoniales en aquellas situaciones en las que la legislación especial únicamente recoge el resarcimiento de daños patrimoniales. De esta forma, se evitarían todos los problemas que supone la aplicación tanto del artículo 1591 (sobre todo, lidiar con un doble sistema de plazos), como del artículo 149 del Texto Refundido, pues, como ya indicamos, si se opta por la aplicación del artículo 149 el resarcimiento de estos daños se encontraría en todo caso limitado en la cuantía de 3.005.060,52 euros. Y si bien este límite que recoge el artículo 148 es elevado, hay que recordar que en el resto de situaciones en las que la jurisprudencia española estima la existencia de daño moral por incumplimiento de contrato no existe límite alguno para su valoración, dependiendo ésta únicamente del libre arbitrio del tribunal correspondiente.

Por otra parte, no puede perderse de vista que la opción de acudir al artículo 128 del TRLGDCU para reclamar el daño moral en estos casos es una vía poco práctica, por cuanto resulta obvio, el mismo artículo 128 deriva el resarcimiento del daño moral al régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil. Por esta razón, es más sencillo y, por lo tanto, más práctico acudir directamente a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

Hasta ahora hemos analizado las cuestiones fundamentales sobre la indemnización del daño moral, pero no podemos dar por concluido este apartado sin antes detenernos en el daño moral ocasionado por el retraso en la entrega de vivienda. Una gran parte de la doctrina considera que el no cumplimiento del tiempo pactado en la entrega de la vivienda no constituye en sí mismo una vulneración del término esencial del contrato debido a que el incumplimiento de dicho plazo no suele frustrar totalmente el interés del acreedor, por lo que el retraso en la entrega de vivienda no tiene porque acarrear necesariamente la resolución del contrato. Por lo tanto, el retraso no es suficiente por sí sólo para exigir la resolución del contrato, sino que es necesario que frustre el fin económico del negocio y las expectativas de la contraparte<sup>492</sup>, lo que supone que haya que analizar caso por caso las

---

<sup>492</sup> A modo de ejemplo, ANDREU MARTÍNEZ, B. (2003), "Resolución por retraso en la entrega de vivienda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002 (R.J. 10432)", *Revista de Derecho Privado*, Núm. 2003-03, mayo 2003 (<http://vlex.com>), p. 6, "[e]n particular, en materia de retraso en el cumplimiento, la jurisprudencia afirma de forma reiterada que el mero retraso no es suficiente para producir la resolución del contrato, sino que es necesario que éste frustre el fin del contrato, que exista un «incumplimiento inequívoco y objetivo», o una «conducta voluntaria obstativa al cumplimiento» en los términos que se pactó, o un «impago prolongado, duradero e injustificado», quedando frustrados el fin económico jurídico del negocio y las legítimas expectativas de la contraparte"; INFANTE RUIZ, F. J. (2008), *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, p.38: "Los retrasos en los contratos de obra no suelen apreciarse como esenciales, por cuanto los términos de entrega normalmente no tienen esta naturaleza, ni siquiera en los casos en que las partes le asignan al cumplimiento un plazo esencial o fijan una fecha fija para la entrega de la obra"; ESTEVE PARDO, A. (2015), "El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVXIII, fasc. II, p. 624, "[l]a doctrina del daño *in re ipsa* aplicada a estos supuestos asume que, en los supuestos en que el acreedor iba a utilizar el inmueble como vivienda, el retraso en la entrega es un incumplimiento defectuoso de contrato que comporta, de suyo, un daño resarcible al acreedor. Esta conclusión es

consecuencias que el retraso en la entrega de vivienda pueda suponer para la parte que lo sufre.

Ahora bien, aunque el retraso en la entrega de vivienda no implique en sí mismo la resolución del contrato, esto no debe ser obstáculo para que el acreedor pueda reclamar todos aquellos daños que el retraso sufrido le haya podido producir. En cuanto a los daños morales derivados del retraso en la entrega de vivienda, algunos autores consideran que no existe un criterio unánime de los juzgados de primera instancia y de las audiencias provinciales al respecto<sup>493</sup>. Es posible encontrar sentencias que consideren que habiendo pruebas suficientes de que el retraso en la entrega de la vivienda produjo un perjuicio de naturaleza personal a los afectados, ese perjuicio, ese daño moral, es reclamable conforme al régimen de responsabilidad contractual del Código Civil. Como ejemplo podemos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 208/2007, de 10 de abril, en la que se estima la existencia de daño moral por el retraso en la entrega de una vivienda que propició que los afectados se vieran obligados a aplazar su boda y el inicio de su vida en común<sup>494</sup>.

---

matizable. En primer lugar, porque no es el incumplimiento del contrato la causa directa del supuesto daño sino la falta de entrega del bien a su debido tiempo al acreedor. En segundo lugar, porque resulta muy discutible señalar que en el ámbito de la responsabilidad contractual todos los supuestos de retraso del deudor en la entrega de inmuebles destinados a ser usados como vivienda por el acreedor comporten automáticamente un daño indemnizable. Hay que interpretar el contrato celebrado en cada caso, atender a las circunstancias concretas que motivaron su celebración y a las partes que lo celebraron para determinar el contenido del contrato en cada supuesto"; CLEMENTE MEORO, M. E. (2015), "El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GARCÍA PÉREZ, C. L. (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 327 y 328, "[l]a doctrina del TS a este respecto nunca ha sido demasiado precisa. La regla es la que hemos visto en relación con el pago del precio y, en general, con la falta de ejecución tempestiva, que el mero retraso, cuando la prestación continúa siendo útil al acreedor, no es causa de resolución. Sin embargo, faculta para resolver el retraso en el cumplimiento que determina una frustración del fin práctico perseguido por el negocio, o un interés atendible en la resolución para el otro contratante".

<sup>493</sup> En este sentido, MARTÍNEZ MAS, F. (2007), "¿Existe daño moral por retraso en la entrega de vivienda?, *Arte y cemento: revista de la construcción y su entorno*, N°2, ejemplar de 30 de enero de 2007, p. 52: "Se trata de un tema controvertido tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente. Mientras que existen juzgados de primera instancia y secciones de Audiencias Provinciales que desestiman estas pretensiones (solicitud de daño moral por retraso en entrega de vivienda), por el contrario podremos encontrar algunas sentencias de Audiencias Provinciales que admiten el daño moral en esta esfera del derecho"; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2008), p. 161, "[p]odrían también ser objeto de reparación los daños sufridos por el adquirente en algunos, no en todos, supuestos de entrega de la vivienda en que la configuración final del inmueble difiera de la pactada. Por ejemplo, casos de defecto de cabida, cuando tal defecto fuera de una cierta entidad. O los casos en que el cumplimiento defectuoso consiste en la entrega tardía de la vivienda, siempre y cuando el plazo de tiempo de retraso sea importante. De nuevo en ambos supuestos, tanto en la entrega tardía como en los defectos de cabida, está en juego la satisfacción moral de disponer de una edificación que cumpla las expectativas del adquirente, que coincida con las condiciones pactadas".

<sup>494</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 208/2007, de 10 de abril, FJ. 3º: "Aplicando las consideraciones expuestas al presente caso, estimamos que ha quedado probado que los demandantes, como consecuencia del retraso en la entrega de la vivienda, tuvieron que postergar, en dos ocasiones, su boda, lo que queda acreditado por el expediente instruido en el Registro Civil, y retrasar el comienzo de su vida en común, lo que lógicamente implica, un daño moral que debe ser indemnizado por los

Pero también es posible encontrar un número considerable de sentencias en las que se niega la existencia de daños morales por diversas razones que difieren según cada supuesto, razones que hacen concluir al tribunal que los sujetos afectados pueden haber sufrido un perjuicio patrimonial (tener que haber pagado un alquiler durante el tiempo de demora de la entrega de su vivienda, que la vivienda adquirida tuviera un fin comercial, no un fin de uso personal, etc.) cuantificable de un modo objetivo, pero en ningún caso que se haya producido daño moral. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla número 3/2009, de 8 de enero, mantiene que el retraso en la entrega de la vivienda que propició que los afectados tuvieran que alquilar otro inmueble no les produjo ninguna zozobra o dolencia psíquica. Esta Audiencia concluye que el daño originado por el retraso en la entrega de la vivienda queda indemnizado con el reembolso de las rentas que los perjudicados abonaron como alquiler del segundo inmueble<sup>495</sup>.

---

demandados. Sobre esta materia consideramos necesario hacer hincapié en la doctrina emanada del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 9 de diciembre de 2003, en la que se indica: "Nuestro Código civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de "todos" y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo -que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil- la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6-12-1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido ( Sentencias de 3-6-1991; 3-11-1995; 21-10-1996 y 19-10-2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro"; como ejemplo de la admisión del daño moral por retraso en la entrega de vivienda podemos citar también: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 507/2010, de 16 de noviembre, FJ. 3º: "El Tribunal Supremo ha venido entendiendo que el daño moral no solo es la existencia de un padecimiento o sufrimiento psíquico ( STS de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 24 de septiembre de 1999) sino también el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, etc, ( Sentencias de 23 de julio de 1990 , 22 de mayo de 1995 , 19 de octubre de 1996 , 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999), no abarcando dicho concepto el daño material ni los perjuicios de contenido patrimonial. En clara correlación con ello no resulta de recibo el argumento de la recurrente de no proceder ninguna indemnización por el concepto de "daño moral" al no ser indemnizable "la incertidumbre", afirmación contradicha por la jurisprudencia antes referida. Cuestión distinta es si esa incertidumbre quedó o no probada atendiendo a las pruebas practicadas, pero esto no se niega, por lo que se ha de entender que sí se derivó del incumplimiento de la demandada/apelante un daño moral, más aun porque la incertidumbre se deriva de no saber cuándo ni cómo se le iba a entregar la vivienda debido a la falta de información, y al hecho de haber abonado no solo una parte del precio sino de haber sido puestos en circulación los títulos cambiarios entregados en pago; todo ello fue causa de incertidumbre y por tanto de un daño moral indemnizable".

<sup>495</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla número 3/2009, de 8 de enero, FJ. 4º: "Los demandantes se han limitado a pedir una indemnización por este concepto pero sin que hayan hecho prueba alguna que acredite que verdaderamente han sufrido daños de esta naturaleza. Ninguna prueba propusieron en la audiencia previa con esta finalidad, ni aportaron documento alguno con la demanda del que se pueda desprender que tuvieron daños morales. Y desde luego, entiende la Sala, que el mero retraso por sí mismo no produce automáticamente daños morales indemnizables. No se ha aportado por los demandantes ningún hecho, dato o circunstancia del que pueda deducirse que concurren en este caso motivos que

El anterior análisis pone de relieve que la apreciación del daño moral originado por el retraso en la entrega de vivienda varía de un órgano judicial a otro, de modo que se hace muy difícil poder predecir *a priori* por la parte afectada cual será el fallo del órgano juzgador ante estas reclamaciones.

## **6.2.7 Daño moral en el Derecho de familia**

### **6.2.7.1 Supuestos tratados por los tribunales españoles**

#### **6.2.7.1.1 Incumplimiento de los deberes conyugales.**

##### **Daño moral por infidelidad**

Tradicionalmente se ha considerado que los conflictos acontecidos en el seno familiar se encontraban excluidos de nuestro sistema de responsabilidad civil. Sin embargo, esta tendencia seguida por nuestros tribunales y por la doctrina mayoritaria ha ido evolucionando con el paso del tiempo, hasta el punto de que actualmente es posible discernir en la jurisprudencia española la estimación de daños en el seno del Derecho de familia (entre los que se encuentra el daño moral) cuando acontecen determinadas situaciones. Este cambio lo insta FERRER RIBA sintéticamente al sostener que la evolución de las relaciones personales ha propiciado que se reduzcan los factores que tradicionalmente dificultaban las exigencias de responsabilidad civil entre familiares<sup>496</sup>. Y aunque nuestro

---

puedan producir una situación de padecimiento psíquico, zozobra, inquietud, depresión, ansiedad o angustia, que justifique una indemnización por este concepto. Los actores ocuparon una vivienda en alquiler hasta la entrega de la adquirida en contrato privado. El retraso en la entrega de la vivienda no les ha impedido desarrollar una vida digna en la vivienda arrendada y con el mismo bienestar que venían teniendo antes del arriendo, por cuanto ninguna alegación o queja hacen los demandantes en este sentido. Los perjuicios que el retraso en la entrega les ha causado quedan resarcidos con el pago de las rentas reclamadas. No estimamos que personas que viven en un hogar por ellos elegido libre y voluntariamente, aun cuando fuese con carácter temporal o transitorio, sufran angustias, penalidades o zozobras de especial gravedad que justifiquen una indemnización por daño moral”; en el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid número 285/2009, de 27 de noviembre, FJ. 5º: “En relación con la segunda cuestión que ha sido planteada en la demanda -el daño moral-, concepto que siempre es de difícil conceptualización y calificación, no puede atenderse por esta Sala la pretensión que se efectúa en esta litis, y ello porque no solo no se da ninguna razón de su específica cuantificación en la demanda (1.500 €), sino porque además ningún argumento se esgrime que justifique su aplicación en un supuesto como el que nos ocupa, en el que ya con anterioridad los actores habían adquirido a la misma entidad demandada una vivienda con similares circunstancias acontecidas al tiempo de la entrega, lo que lógicamente elimina el alegato de zozobra y angustia narrados ante la duda por el buen fin de la operación, máxime cuando resulta que la vivienda y anejos que nos ocupan ahora ni tan siquiera iban ser destinada a vivienda habitual de los ahora apelantes sino a su arrendamiento a terceros”.

<sup>496</sup> FERRER RIBA, J. (2001), “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, *Indret* 04/2001 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 3 y 4, “[e]sta evolución en la concepción de la familia, que en las sociedades occidentales ha llevado a una tasa elevada de separaciones, divorcios y familias recompuestas, así como a una diversificación de los modelos de relación interpersonal, reduce los factores que tradicionalmente han inhibido la exigencia de responsabilidad civil entre familiares. De este modo, aunque sigue siendo evidente la prevalencia de normas sociales contrarias a este tipo de reclamaciones, la propia dinámica

tema se centra en el incumplimiento del contrato, creemos necesario analizar el daño moral por incumplimiento de los deberes conyugales por su importancia y porque existen algunas cuestiones comunes con los posibles resultados originados por los incumplimientos de acuerdos o pactos conyugales.

Sin embargo, antes de entrar de lleno en la cuestión crucial sobre si cabe o no la estimación de daños extrapatrimoniales por el incumplimiento de los deberes conyugales (y dentro de estos deberes concretamente el de fidelidad por ser a nuestro parecer el deber por excelencia que deriva de toda unión matrimonial), hemos de tratar, siquiera brevemente, la naturaleza jurídica que posee un matrimonio civil.

Sobre este aspecto, VALPUESTA FERNÁNDEZ sostiene, por todos, que “[e]l matrimonio es un proyecto de vida en común que se ha de construir y renovar constantemente de acuerdo con la idiosincrasia de la pareja y su libertad para definir el tipo de relación que quieren. Ello no supone desconocer que del consentimiento matrimonial se derivan derechos y obligaciones para los cónyuges, pero éstos actúan más como un marco en el que definir la relación conyugal que como un patrón de conducta al que se ha de ajustar necesariamente la pareja, entre otras razones, porque el contenido de estos deberes ha de respetar la dignidad de la persona así como su libertad; además, su cumplimiento depende en gran

---

social genera cada vez más situaciones que obligan a preguntarse en qué casos son jurídicamente viables (piénsese, p.ej., en la reclamación por un cónyuge al otro de los daños causados por una ruptura matrimonial particularmente afrentosa, o en la reclamación, entre padres separados, de daños por negligencia en la custodia de un hijo común). A ello hay que añadir los casos, algo más frecuentes en los repertorios de jurisprudencia, en que se hallan implicadas terceras personas como corresponsables del daño y donde la discusión sobre la responsabilidad entre familiares o convivientes aparece indirectamente en vía de compensación de culpas”; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. (2004), “¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?”, *Editorial Aranzadi*, Navarra, BIB 2004\1732 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 4, “[e]n un principio, la llamada teoría de la inmunidad conyugal obstaba a la procedencia de cualquier tipo de reclamación, incluso aquellos que obedecían a la violencia familiar. Con los años sólo quedan resabios de la teoría; son muy pocos los tribunales que niegan el derecho de la mujer golpeada a reclamarle a su marido los daños y perjuicios derivados de su accionar. En la actualidad, la discusión teórica gira en torno a otros avatares: a) La admisión de la demanda de daños y perjuicios por los daños psicológicos y/o emocionales en ausencia de daños físicos y b) La tramitación de la demanda de daños y perjuicios, durante o después del divorcio”; VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2007), “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Revista la Ley*, Nº 6676, miércoles, 21 de marzo de 2007, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 1, “[t]radicionalmente la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar, lo cual encontraba sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaba la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima. Sin embargo, a medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los Tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable”.

medida de las exigencias de la pareja y su aceptación de un tipo u otro de organización de la vida en común”<sup>497</sup>.

Es precisamente esta naturaleza del matrimonio como negocio jurídico la que supone toda unión matrimonial civilmente reconocida conlleve una serie de obligaciones mutuas entre los cónyuges, las cuales, como es sabido, se encuentran recogidas en el artículo 68 del Código Civil: obligación de vivir juntos, fidelidad y socorro mutuo, así como compartir las

---

<sup>497</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2012), *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 308; Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A. (2007), p. 63, “[e]l matrimonio, según la opinión dominante, es un negocio jurídico de Derecho de familia, que está formado por la concorde voluntad de los contrayentes expresada en las declaraciones que emiten, dirigidas a «unirse en matrimonio». La intervención de los funcionarios del Estado o, en su caso, de los ministros de un culto religioso, no priva al acto en cuanto tal de su carácter de negocio jurídico, porque la relación jurídica conyugal se crea por virtud de un acto de autonomía privada de los contrayentes”; MONJE BALMASEDA, Ó. (2012), “El matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F. (director), *El matrimonio y situaciones análogas de convivencia: crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, Dykinson, S.L., Madrid, p. 39, “[c]iertamente, desde el punto de vista de sus caracteres, los diferentes ordenamientos jurídicos ofrecen configuraciones normativas distintas del matrimonio. En cambio, no cabe duda de que la unión conyugal se prensa en todos ellos como el instrumento jurídico básico a través del cual los sujetos privados implican a los poderes públicos en la ordenación de sus relaciones personales, dotándolas de estabilidad, y convirtiéndolas en fuente de derechos y obligaciones”; ACEDO PENCO, Á. (2013), *Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, p. 46, “[l]a doctrina española más autorizada, destaca que el matrimonio no es una creación técnica del Derecho, sino una institución natural que el Derecho positivo se limita a contemplar, reconocer y regular en cuanto a los múltiples y trascendentes aspectos jurídicos, que se manifiestan en derechos y deberes, algunos difícil y hasta dudosamente coercibles”; ROCA I TRIAS, E. (2014), *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 83, “[e]n el fondo de esta discusión late un tema aun más complejo y que no puede más que ser aludido aquí: se trata de la vieja cuestión acerca de si el matrimonio es o no un contrato. O mejor dicho, si se puede acercar más a un esquema contractual, que permite la autonomía de quienes van a entrar en él, o, por el contrario, se trata de una institución, en la que quien decide entrar no tiene la libertad de estructurar sus relaciones como crea más conveniente, porque el ordenamiento jurídico va a proporcionarle las reglas (imperativas) que van a regir sus relaciones. Aunque pueda definirse el matrimonio como “institución”, ello no impedirá a los cónyuges organizar su vida de la forma que crean más conveniente a través de los capítulos matrimoniales y otros pactos tanto durante la vida del matrimonio, como en las situaciones de crisis. No puede deducirse de lo anterior que esté aquí propugnando que no puede existir autonomía en las relaciones familiares. Esta sería una conclusión equivocada, porque mi planteamiento es justamente el contrario: la mayoría de las veces, la protección necesaria que comporta la intervención judicial, no impide el ejercicio de la autonomía, sino sólo pretende evitar la arbitrariedad”; INFANTE RUIZ, F. J. (2015), “Principios fundamentales de Derecho de familia”, en LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (editores), *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 13, “[l]a familia es una *realidad prenormativa* puesto que ante todo es una realidad social, y en cuanto tal, se muestra, según indica la generalidad de los autores, como un *prius* para el ordenamiento jurídico. Aquí estriba la principal dificultad que siempre ha existido en orden a su conceptualización. Considerada en abstracto, la familia es una agrupación de personas conectadas por vínculos conyugales o análogos, de parentesco y por otras circunstancias. Esta realidad varía de tiempo en tiempo”; otros autores van más allá, manteniendo que el matrimonio es un contrato. A modo de ejemplo, SALVADOR CODERCH, P. (2003), “La libertad de comprometerse. Un alegato analítico. Recensión a ‘The law and economics of marriage and divorce’, the Anthony W. Dnes y Robert Rowthorn”, *Indret*, 01/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 5, “[e]l matrimonio no sólo es un contrato, pero también es tal y, más precisamente, es un contrato de duración indefinida, potencialmente, para toda la vida y, de hecho, la mayor parte de los contrayentes así lo creen cuando resuelven casarse”.



responsabilidades domesticas que puedan existir junto con el cuidado de ascendientes, descendientes y demás personas dependientes a cargo del matrimonio.

Ahora bien, la cuestión estriba no en la existencia en sí de las obligaciones originadas en el matrimonio como negocio jurídico, sino en los efectos que del incumplimiento de las mismas se deriven entre los cónyuges, y más concretamente en la procedencia o no de otorgar indemnización por daño moral derivado del incumplimiento de alguno de estos deberes como el de fidelidad.

Con anterioridad a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la infidelidad era causa para solicitar el divorcio por el cónyuge que la soportaba, lo que llevaba a sostener a parte de la doctrina que el incumplimiento de este deber conyugal pudiera dar lugar al resarcimiento de daños a través del artículo 1902 del Código Civil. Este sector doctrinal sostenía que en la gran mayoría de los casos una infidelidad matrimonial constituye un incumplimiento conyugal doloso. Así, por ejemplo, GARCÍA CANTERO afirmaba al respecto que “también se considera causa de separación de modo expreso en la indicada norma, y, eventualmente, con carácter autónomo, podría dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1902 C. c., especialmente los de carácter moral”<sup>498</sup>.

Frente a la doctrina expuesta, algunos autores tras la mencionada reforma de 2005 cuestionan la reclamación de responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los deberes conyugales recogidos en el Código Civil ya que consideran que el reconocimiento de daños en el ámbito familiar puede atentar contra la libertad en las relaciones matrimoniales hacia la que nuestro ordenamiento ha ido evolucionando, en un primer momento con la despenalización del adulterio mediante la Ley 22/1978, de 26 de mayo, y más recientemente con la eliminación del “divorcio casuístico” derivada de la modificación

---

<sup>498</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1982), “Comentario al art. 68 del CC”, en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo II, artículos 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, p. 196; de igual forma, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (1993), “Comentario al art. 68 del CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo I, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 321, “[s]u incumplimiento da lugar a que pueda existir causa de desheredación (art. 855.1.ª. CC); pueda actuar como causa de separación (art. 82.1ª. CC) y divorcio (art. 86.3ª. b CC) salvo «si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue» (art. 82.1.ª. II CC); es causa de pérdida de derecho de alimentos (art. 152.4.º CC); también puede originar la correspondiente acción indemnizatoria”; RAGEL SÁNCHEZ, L.-F. (2000), “Sentencia de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 52, editorial Civitas, p. 160, “[e]n la mayoría de los supuestos, la infidelidad es un incumplimiento conyugal doloso, porque el cónyuge infiel es perfectamente consciente de que está vulnerando un deber matrimonial, uno de los más relevantes, pues está incluido en los artículos que el juez, alcalde o funcionario leen antes de preguntar a los contrayentes y declarar celebrado el matrimonio (arts. 58 y 68 del CC). Sólo en los casos poco frecuentes, de actuación en estado de embriaguez o bajo influencias de drogas, podrá sostenerse que la infidelidad es un incumplimiento de deberes conyugales en el que concurre *negligencia*, pues, al menos, se nos concederá que, en tales casos, el cónyuge infiel no ha puesto todos los medios oportunos para impedir su incumplimiento conyugal”.

del Código Civil de 2005, eliminándose, como es sabido, la invocación de la infracción de alguno de estos deberes para poder obtener el divorcio. En este sentido, MARTÍN-CASALS y RIBORT consideran que “en los ordenamientos jurídicos que parten de una cláusula general de responsabilidad deben analizarse y sopesarse los intereses en juego para no convertir las reclamaciones indemnizatorias en una intolerable cortapisa a las libertades individuales o en una tenebrosa máquina del tiempo que nos devuelva a un marco de relaciones familiares opresivas de las que el moderno derecho de familia ya nos había liberado”<sup>499</sup>.

Siguiendo esta evolución normativa, cabe argumentar que los deberes matrimoniales han de quedar relegados a un ámbito de índole ético-moral pues, en caso contrario, podríamos correr el riesgo de regresar a un divorcio basado en la culpa de alguno de los cónyuges.

Continuando con esta línea de pensamiento, ciertos autores llegan incluso a sostener que el admitir el resarcimiento de daños morales por el incumplimiento de los deberes matrimoniales recogidos en el Código Civil podría conllevar el riesgo de encontrarnos ante supuestos de daños punitivos. De esta forma, LÓPEZ DE LA CRUZ afirma que “la indemnización por los daños morales resultantes del incumplimiento de los deberes conyugales no puede traducirse en una recuperación del concepto de divorcio-sanción o basado en la culpa, o como castigo por haber ocasionado o directamente solicitado la separación o el divorcio, a modo de pena privada”<sup>500</sup>.

---

<sup>499</sup> MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J. (2011), “Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de derecho civil*, volumen 64, Nº 2, p. 561; de igual manera, Díez-Picazo, L. (2008), *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Navarra, p. 46, “[l]as sanciones aplicables a la violación de los deberes conyugales se encuentran establecidas en la ley que regula el régimen matrimonial sin que haya lugar propiamente a daños”; LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2011), “Libertades personales y deberes entre cónyuges. La influencia de los comportamientos de las mujeres en la configuración actual de los deberes matrimoniales”, en LÓPEZ DE LA CRUZ, L., OTERO CRESPO, M. (coordinadoras), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 585, “[d]e la relevancia pública que originalmente se concedió al deber de fidelidad, el ordenamiento jurídico ha pasado a otorgarle una importancia privada o “privatística”, transformando el deber en un compromiso exclusivamente familiar. Pero es que también la evolución de las relaciones personales en el ámbito de la familia ha incidido notablemente en el contenido de este deber conyugal, que no ha permanecido impermeable a los cambios sociales producidos durante el último tercio del siglo pasado. Todo ello debe llevarnos a considerar la oportunidad de seguir manteniendo la naturaleza jurídica de este deber cuyo componente ético o moral va cobrando cada vez mayor peso. Lo cierto es que si identificamos el deber de fidelidad como mera abstracción de mantener relaciones sexuales con personas ajenas a la pareja, no resulta fácil en la actualidad encajarlo dentro del marco normativo del matrimonio, habida cuenta de la imposibilidad de sancionar la conducta contraria a este deber conyugal básicamente porque atentaría contra un derecho fundamental como es la libertad personal del cónyuge incumplidor, además de poder afectar a otros derechos básicos como la intimidad o la dignidad de la persona”.

<sup>500</sup> LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010), “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, *Indret* 4/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 34 y 35; en el mismo sentido, FERRER RIBA, J. (2001), p. 15, “la admisión de una acción indemnizatoria por los daños derivados del adulterio o de la vulneración de otros deberes conyugales, a parte de encarecer los costes del matrimonio, desvirtuaría gravemente dicho principio normativo -que ha merecido, aun con matices, un alto grado de consenso entre los operadores jurídicos- y reintroduciría por una puerta trasera un sistema de separación o divorcio culposos, con la consecuencia, poco deseable, de aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales”;

No obstante, el propósito principal de la reforma del Código Civil llevada a cabo en 2005 reside en reforzar el libre desarrollo de la personalidad (recogido en el artículo 10 de nuestra Constitución) en el ámbito de las relaciones matrimoniales allanando para ello el camino procesal para la obtención del divorcio, pero manteniendo en el articulado del Código Civil el reconocimiento de los deberes que origina todo matrimonio civilmente válido, así como consecuencias directas de la vulneración de los mismos, como es el reconocer como justa causa para desheredar al cónyuge el haber incumplido de manera grave y reiterada los deberes conyugales (artículo 855, apartado primero del Código Civil) o la cesación de la obligación de suministrar alimentos (artículo 152.4 del Código Civil)<sup>501</sup>.

---

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2012), p. 349, “[s]in embargo, admitir sin más la responsabilidad por vulnerar algunos de los deberes que se derivan del matrimonio puede implicar, como hemos dicho, que se dé entrada por esta vía al divorcio sanción, imponiendo con ello un límite intolerable a la libertad de los esposos y a su propia dignidad, incompatible con la familia protegida constitucionalmente”.

<sup>501</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2010), “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)”, *Revista la Ley*, Nº 7582, 4 Marzo de 2011, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 10, “[a] mi juicio, el legislador de 2005 solo se ha limitado a suprimir una de las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales (aunque es cierto que la principal): la posibilidad de solicitar la separación o el divorcio por el cónyuge que sufre el incumplimiento alegando dicho incumplimiento. Ahora cualquiera de los dos cónyuges puede pedir el divorcio o la separación si así lo desea (con independencia de si hay o no previo incumplimiento de deberes conyugales). El incumplimiento de los deberes conyugales deja de poseer relevancia a estos específicos efectos de posibilitar la solicitud de la separación o el divorcio. La razón de tan profunda modificación legal no radica seguramente tanto en una pérdida absoluta del carácter jurídico de los deberes conyugales como en que el legislador ha buscado reconocer una mayor trascendencia a la voluntad de una persona de no seguir vinculada a su cónyuge, en virtud del respeto al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE de 1978. De ahí que a otros efectos distintos el incumplimiento de los deberes conyugales, si es grave o reiterado, sigue poseyendo trascendencia: constituye causa de desheredación del cónyuge incumplidor (art. 855.1 CC) y causa de cesación de la obligación de dar alimentos (art. 152.4 del Código) Se ha señalado, además, en contra de la pérdida del carácter jurídico de los deberes conyugales, que éstos todavía continúan presentes en el propio articulado del Código Civil cuando el legislador de 2005 podía haber optado por suprimirlos, y no solo no lo ha hecho, sino que incluso ha creado algún deber nuevo, como la corresponsabilidad en las responsabilidades domésticas y en la atención y cuidado de terceros (ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo)”; de igual opinión, ROMERO COLOMA, A. M. (2010), “Daños civiles entre cónyuges y excónyuges”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 800/2020, Aranzadi, Navarra, BIB 2010/1287 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 2, “tras la Reforma del Código Civil del año 2005, la situación, en el marco de las relaciones conyugales y familiares, hay que entenderla de otra forma, admitiendo el resarcimiento de daños en este marco jurídico. Sobre este aspecto, hay que recordar que los deberes jurídicos integran el núcleo mismo del negocio matrimonial, se encuentran determinados por la propia ley y su carácter, aunque personal, no justifica, a mi juicio, bajo ningún pretexto o excusa, que se pueda dañar impunemente en el matrimonio, más aún si tenemos en cuenta que el deber de indemnizar el daño moral que causan determinados comportamientos de un cónyuge para con el otro -como, por ejemplo, la infracción del deber de fidelidad- tiene un contenido que es, evidentemente, patrimonial y, por tanto, se configura como una obligación en sentido técnico. Esto no quiere decir, lógicamente, que todo incumplimiento de un deber conyugal vaya a generar una indemnización, ya que sabemos que existen daños, en el seno de la familia, que, aun siendo tales, no son, sin embargo, indemnizables”.

En cuanto a la apreciación por parte de nuestra jurisprudencia del daño moral derivado de una infidelidad conyugal, podemos afirmar que el Tribunal Supremo rechaza que la infidelidad matrimonial implique por sí sola la posibilidad de estimar la existencia de un daño moral resarcible, descartando además la vía de la responsabilidad contractual para poder reclamar el resarcimiento de daños extrapatrimoniales en estas situaciones<sup>502</sup>. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 701/1999, de 30 de julio (FJ. 4º), declara que “el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal «a quo» haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 del mismo”<sup>503</sup>. Esta línea es seguida por las Audiencias Provinciales, las cuales, por lo general, entienden que la infidelidad matrimonial no puede generar por sí sola la posibilidad de reconocer y resarcir daños morales en quien la sufre<sup>504</sup>. Los tribunales

---

<sup>502</sup> ELIZALDE REDÍN, G. (2011), “¿Es indemnizable la infidelidad?”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 2/2011 (*Fichas de Jurisprudencia*), editorial Aranzadi, Navarra, BIB 2011\423, (www.westlaw.es), p. 1, “[e]l Tribunal Supremo tiene declarado que el daño moral que se puede generar entre dos cónyuges por razón de infidelidad no es susceptible de reparación económica alguna”.

<sup>503</sup> Sentencia comentada en RAGEL SÁNCHEZ, L.-F. (2000), “Sentencia de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 52, editorial Civitas, págs. 153-163.

<sup>504</sup> A modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia número 186/2003, de 30 de septiembre, FJ. 2º, “[n]o hay que olvidar que, a pesar de la proliferación de supuestos en que se considera indemnizable el daño moral por la jurisprudencia actual, (como la pérdida de agrado, por lesiones físicas que dejan a una persona impedida para actividades normales y ordinarias de la vida, perjuicio estético, por deformidades o fealdades físicas ocasionadas a un individuo, perjuicio de afecto, en virtud del cual se indemniza el daño moral que experimentan determinadas personas vinculadas a las víctimas de lesiones o muerte o el daño causado al propietario del objeto dañado o destruido, o bien el *pretium doloris*, entendido como dolor físico que causan las lesiones a una víctima) entre tales supuestos no se encuentran los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido. Si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los arts. 67 y 68 y son comprensivos no sólo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna -con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido- sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación”; Sentencia de la Audiencia Provincial de León número 375/2010, de 10 de noviembre, FJ. 2º, “[s]entado lo anterior debemos comenzar señalando que El Tribunal Supremo tiene declarado que el daño moral que se puede generar entre dos cónyuges por razón de infidelidad no es susceptible de reparación económica alguna, y así en su Sentencia de 30 de julio de 1.999 viene a decir que “indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

españoles se limitan a entender que los daños cuyo origen se encuentre en una infidelidad, en la ausencia de lealtad en las relaciones personales, etc., deben formar parte del terreno de lo extrajurídico y, consecuentemente, no pueden ser susceptibles de indemnización.

Una vez constatado el rechazo a la indemnización de un posible daño moral por infidelidad tanto por el Tribunal Supremo como por parte de la doctrina, la pregunta crucial es ¿el resarcimiento de daño moral por incumplimiento de deberes matrimoniales puede suponer una regresión al divorcio culpabilístico? A nuestro juicio, el reconocimiento de estos daños no tendría necesariamente que influir en la evolución de los requisitos contemplados en el Código Civil para poder solicitar la separación o el divorcio por alguno o ambos cónyuges. El juzgado competente tendría que investigar en cada situación concreta la existencia de daños y en su caso proceder a valorar la cuantía de los mismos cuando estos sean reclamados y probados por la parte que solicite su resarcimiento como una acción complementaria al proceso de separación o divorcio. Además, esta opción no sería extraña para nuestro ordenamiento, pues en el mismo Código Civil encontramos recogidas las siguientes medidas por incumplimiento de deberes conyugales: desheredación del cónyuge, cesación de la obligación de dar alimentos por incumplimiento grave y reiterado los deberes conyugales, o el derecho a obtener una indemnización por el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo (artículo 98 del Código Civil). Por ello, consideramos que si el daño moral fuera correctamente probado y valorado conforme a las particularidades intrínsecas a su naturaleza, en principio, no tendría porque negarse su resarcimiento. Habría que confiar en que la indemnización fijada no tendría una finalidad punitiva, no sólo por el rechazo del Tribunal Supremo hacia los daños punitivos, sino porque en tal caso asistiríamos a la regresión hacia un divorcio culpabilístico que, como gran parte de los autores citados, pensamos que no aportaría ningún beneficio social<sup>505</sup>.

Por otro lado, la opción de identificar una posible indemnización por daños en estas situaciones con una pena privada podría evolucionar en la defensa de que los posibles resultados del divorcio como la fijación de pensiones por alimentos o de una pensión compensatoria constituyen un castigo para el cónyuge que ha de hacerse responsable de las

---

<sup>505</sup> De esta misma opinión encontramos a FARNÓS AMORÓS, E. (2015), "Daño moral en las relaciones familiares", en GÑÓMEZ POMAR, F., MARÍN GARCÍA, I. (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, p. 559, "[l]a separación y el divorcio, por un lado, y la responsabilidad civil, por otro, no siempre son remedios excluyentes entre sí. En determinadas circunstancias, la negativa a compensar un daño autónomo basado en el incumplimiento de un deber matrimonial, con el argumento de que hacerlo supondría la reintroducción de los criterios culpabilísticos que el legislador español rechazó expresamente al aprobar la Ley 15/2005, de 8 de julio, dejaría sin compensar un daño grave e independiente del derivado de la propia separación o divorcio. Asimismo, el argumento según el cual la separación o el divorcio ya es un remedio en sí mismo, puesto que la parte dañada puede recurrir al mismo y solicitar las medidas pertinentes es equívoco: por un lado, la posibilidad de acceder a la separación o al divorcio no actúa realmente como un remedio, ya que bajo la concepción no culpabilística actual cualquier parte puede solicitar la separación o el divorcio; por el otro, no debe olvidarse que el cónyuge tras la separación o divorcio puede tener derecho a que se fijen ciertas medidas a su favor («cónyuge débil») no tiene por qué coincidir con el que tiene derecho a ser resarcido porque alguna de las conductas descritas en este trabajo le ha causado un daño".

mismas, en vez de considerarlas como lo que son, en un caso una forma de hacer frente a las obligaciones surgidas de la filiación y en el otro una manera de subsanar el desequilibrio económico que la separación o divorcio ocasione entre los cónyuges<sup>506</sup>.

En cuanto a la vía a la que podría acudir para efectuar la reclamación del daño moral por infidelidad, siguiendo la jurisprudencia anteriormente citada de nuestro Tribunal Supremo en la que se rechaza la acción contractual, consideramos que el daño moral podría ser reclamado como responsabilidad extracontractual. No habría dificultad en acudir a la responsabilidad aquiliana, si tenemos en cuenta la opinión de los autores que sostienen que la infidelidad (salvo posibles excepciones como estados de embriaguez, enajenación mental, etc.) siempre constituirá una actuación dolosa, más aún tras la eliminación del divorcio casuístico, sobre todo porque en el actual sistema nada impide poder solicitar libremente el divorcio al cónyuge que así lo desee para de esta forma obtener libertad plena en la elección de pareja sexual sin repercusión jurídica alguna.

#### **6.2.7.1.2 Daño moral por ocultación de paternidad**

Tras haber estudiado las posibles consecuencias jurídicas de una infidelidad matrimonial, hemos de proceder a continuación a valorar el daño moral que puede conllevar que una infidelidad derive en un engaño referente a la filiación de los hijos teóricamente concebidos en el seno del matrimonio. A diferencia de lo que ocurría en el punto anterior, existe por parte de la jurisprudencia (tal y como analizaremos a lo largo de este apartado) una mayor predisposición a estimar la existencia de daños no patrimoniales por engaño en la paternidad, pues se tiende a considerar que la simulación en la filiación es independiente al funcionamiento de la unión matrimonial. ALGARRA PRATS aclara que, a diferencia de los daños ocasionados por infidelidad, en estas situaciones nos encontramos ante actos antijurídicos que ocasionan que uno de los cónyuges bajo engaño tenga que asumir obligaciones que no le corresponden respecto a un hijo que no es suyo y con el que se crearán toda una serie de vínculos emocionales<sup>507</sup>.

---

<sup>506</sup> Por todos, TAMAYO HAYA, S. (2011), "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia", en LÓPEZ DE LA CRUZ, L., OTERO CRESPO, M. (coordinadoras), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 796 y 797, "[t]oda crisis convivencial, además de secuelas afectivas conlleva consecuencias económicas que ponen de manifiesto la desigualdad existente tras la ruptura. Más aún, son estos supuestos de ruptura de la pareja donde la situación de marginalidad de la mujer aflora con mayor fuerza. Mientras dura la convivencia se crean relaciones de interdependencia económica en la pareja que muchas veces les lleva a concretar obligaciones económicas, difíciles de afrontar una vez rota ésta. Al mismo tiempo ha sido frecuente que, fundamentalmente la mujer, haya tomado la decisión de sacrificar su carrera profesional con el fin de asumir el trabajo doméstico y el cuidado de los hijos. Es por lo que el legislador ha de paliar la situación en que se queda imponiendo pensiones al miembro que queda en una mejor posición económica tras la ruptura, así como la atribución de la vivienda familiar a aquel cónyuge que se queda con el cuidado de los hijos comunes".

<sup>507</sup> ALGARRA PRATS, E. (2012), "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil", en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson S.L., Madrid, pp. 53 y 54, "[s]on casos que claman una solución y algo fallaría en el Derecho Civil en general y en el Derecho de familia en particular si no se pudiera conceder una indemnización al cónyuge engañado respecto a la paternidad de los hijos. Para ello, el tema no debe reconducirse al incumplimiento del deber

Ante esta mayor predisposición a admitir por nuestros tribunales la existencia de daños no patrimoniales, hemos de proceder a discernir si debemos de encuadrar este daño moral como responsabilidad contractual o extracontractual.

Un grupo de autores entiende que nos encontramos ante supuestos de responsabilidad extracontractual debido a que las relaciones paterno filiales por su naturaleza no pueden entenderse como relaciones de tipo contractual, debiendo exigirse además para poder resarcir por daño moral la existencia de dolo en la acción de ocultar la paternidad<sup>508</sup>.

---

conyugal de fidelidad, que no es indemnizable, sino a la reparación del daño causado por la imposición al otro cónyuge de una paternidad falsa, prevaleciendo de la relación familiar y de la presunción de paternidad del marido recogida en el art. 116 C. c. En estos casos, hay un acto antijurídico y el cónyuge actuante no puede ampararse en que el incumplimiento de los deberes conyugales no es indemnizable, y quedar así protegido frente a la reclamación del otro, porque lo que se reclama no es el daño causado por la infidelidad, sino por la conducta que incide en la esfera personal del otro, obligándole mediante un engaño a asumir obligaciones que no le corresponden respecto a un hijo que no es suyo y creando vínculos falsos con dicha persona, que de romperse, sin duda, generarán un daño. En estos casos, se indemniza, pues, el daño causado por el descubrimiento de la no paternidad o la ocultación de la verdadera paternidad al marido, y se está reparando un daño autónomo del incumplimiento del deber conyugal, por infracción del deber general de no causar daño a otro"; de igual forma, FARNÓS AMORÓS, E. (2005), "El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004", *Indret* 2/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 8, "[l]os daños psíquicos causados por el descubrimiento de no ser padre de tres menores y de haber vivido engañado en esta creencia durante años se presentan como independientes respecto del interés en el mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas, de tal modo que es discutible que puedan quedar al margen de la responsabilidad extracontractual, más si se tiene en cuenta que el principio general del art. 1902 CC puede aplicarse al ámbito de las relaciones familiares"; FAYOS GARDÓ, A. (2011), "Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil. Una perspectiva española y norteamericana", *Actualidad Civil*, tomo 2011-2, números 1 a 22, editorial La Ley, Madrid, p. 1563, "[l]a fidelidad se convierte así en un deber sin sanción, y salvo como causa de desheredación, es más un deber moral que otra cosa. A no ser que la infidelidad vaya acompañada de otras consecuencias, como por ejemplo la de tener hijos y engañar al cónyuge diciendo que son suyos o causarle otro tipo de daño"; LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2012), "La injerencia del derecho de daños en la relación personal entre cónyuges", en CAMACHO CLAVIJO, S., DE LAMA Y AYMÁ, A. (coordinadoras), *Iguals y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 453, "[e]n efecto, a lo largo de la presente década han proliferado las demandas en las que el marido o ex marido reclama a la que fuera su mujer una indemnización de considerable cuantía económica por los daños morales ocasionados al descubrir una falsa paternidad sustentada en el incumplimiento del deber de fidelidad conyugal"; BUSTOS MORENO, Y. B. (2012), "El resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento en la filiación no matrimonial", en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson S.L., Madrid, P. 149, "se deben considerar como hipótesis comprendidas dentro del concepto de daño moral o no patrimonial, en primer lugar, el perjuicio derivado de no haberse determinado desde el nacimiento la verdad biológica del hijo, por supuesto una vez acreditado el mismo en el caso concreto a enjuiciar".

<sup>508</sup> MORENO VELASCO, V. (2009), "La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, nº 7163, sección tribuna, 28 abr. 2009, editorial La Ley (<http://www.laley.es>), p. 2, "[l]a fundamentación jurídica de la indemnización de los daños y perjuicios, en la materia que nos ocupa, debe partir del art. 1902 Código Civil (CC), al tratarse de una responsabilidad extracontractual, ya que las relaciones entre los progenitores y de éstos con sus hijos no pueden tildarse de contrato"; ÁLVAREZ OLALLA, M. P. (2010), "Prescripción de la

Pese a que parece evidente que una relación paterno filial sobrepasa el ámbito contractual, hemos de recordar que el considerar los daños surgidos por la ocultación de paternidad como responsabilidad extracontractual acarrea la dificultad práctica del plazo de prescripción de un año (recogido en el artículo 1968.2º del Código Civil) desde el conocimiento del daño por el agraviado, ya que no suele ser común que el progenitor afectado lleve a cabo la interposición de la acción existiendo aún convivencia familiar por todos los impedimentos que podría suponer precisamente en dicha convivencia. Por estas razones, algunos autores defienden como alternativa clasificar los daños surgidos por el engaño en la paternidad como responsabilidad contractual, para que de esta forma el afectado pueda contar con un plazo de cinco años para poder interponer la acción correspondiente (artículo 1964 del Código Civil)<sup>509</sup>.

---

acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 9/2011, BIB 2010\2878, ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 4, “si la «atribución» de la falsa paternidad, por ocultación de la verdadera, es dolosa, como meramente culposa, la conducta es antijurídica y genera obligación de indemnizar el daño causado”; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M. (2015), pp. 618 y 619, “[l]a relación del contrato con la familia también ha venido sometida a una mutación importante, desde el inicial planteamiento codificador, en un doble sentido, de distanciamiento por un lado, y de acercamiento por otro, que es paradójico solo de un modo aparente. Distanciamiento, porque la progresiva disgregación de un núcleo familiar extenso y ordenado jerárquicamente en favor de la familia nuclear, cuyos vínculos están más bien fundados en una comunidad de afectos, con mínima jerarquización, ha propiciado la desaparición, en una gran medida, de las normas sobre la capacidad de contratar que tenían un origen familiar, quedando prácticamente circunscrita la conexión entre contrato y familia a los mecanismos de representación legal y complemento de capacidad. La trayectoria tiene profundas raíces históricas, y supone un episodio más del traspaso del *status* al contrato, de acuerdo con la conocida tesis de H.S. MAINE. Pero, y por ellos decíamos que nada había de paradójico, sino de perfectamente congruente, se produce el acercamiento del contrato a las realidades familiares. En efecto la «liberalización» de la inordinación familiar da juego a la voluntad individual de los miembros de la familia: fruto de ella son, por ejemplo, las posibilidades cada vez más crecidas de convenir sobre el régimen económico del matrimonio, o el ejercicio de incumbencias familiares respecto de los hijos. De todos modos, conviene no exagerar esta línea de tendencia: el matiz del orden público de las cuestiones familiares siempre condiciona la aplicación del contrato a las mismas, y no cabe duda de que la figura normal de este, tiene como base la existencia de relaciones patrimoniales. La misma discusión sobre el carácter contractual del matrimonio, o la aplicación de la teoría de los vicios del consentimiento, surgida en el ámbito de los acuerdos con contenido patrimonial, al reconocimiento de la filiación (que obviamente no es un contrato, pero sí una manifestación de la voluntad individual), o la constitución de la adopción, son ilustrativas de las suficiencias e insuficiencias de la conexión entre contrato y familia”.

<sup>509</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2009), *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, pp. 72 y 73, “[l]a primera barrera institucional, señalada por la doctrina, es la brevedad del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual (como se sabe un año desde que lo supo el agraviado según el artículo 1968.2º del Código Civil), junto a la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo de prescripción de tal acción mientras dura la convivencia entre los cónyuges y padres e hijos. Esta regulación impide en la práctica que los cónyuges e hijos, tras el abandono de la convivencia, puedan exigirse el resarcimiento de los daños que se han causado durante la vida en común, salvo que tales daños se hayan producido o manifestado en el año inmediatamente anterior. De ahí que seguramente, para evitar la extinción del plazo de prescripción de la acción, alguna de las demandas planteadas por el marido que pide el resarcimiento de los daños causados por la ocultación por su esposa del carácter extramatrimonial



Como ya adelantábamos, la jurisprudencia parece menos reticente a otorgar indemnizaciones por daño moral derivado de una infidelidad matrimonial cuando ésta desemboca en un supuesto de ocultación de paternidad. Y al igual que ocurría en los supuestos en los que se reclamaban daños morales por infidelidad, el Tribunal Supremo entiende que en todo caso los daños no patrimoniales surgidos en estas situaciones han de ser valorados dentro del ámbito de actuación de la responsabilidad extracontractual y, por lo tanto, debe darse en todo caso una conducta dolosa para poder estimar la existencia de cualquier tipo de daño. Todo esto ha supuesto en algunos casos (tal y como pone de manifiesto parte de la doctrina citada con anterioridad) que el Alto Tribunal se haya visto obligado a desestimar las pretensiones del progenitor afectado<sup>510</sup>.

En cuanto a las resoluciones emitidas por las Audiencias Provinciales, podemos indicar que se acogen a la misma línea argumental del Tribunal Supremo, es decir, para poder resarcir por daño moral en estos supuestos se exige que sea reconocido a través del artículo 1902 del Código Civil, que la ocultación de la paternidad haya sido dolosa y que la acción dirigida a la reclamación de este daño sea interpuesta dentro del plazo contemplado en el artículo 1968.2º del Código Civil<sup>511</sup>.

---

de los hijos se haya encauzado a través de la vía de la responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código Civil”.

<sup>510</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 687/1999, de 22 de julio, FJ. 6º, “los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C.”; Sentencia del Tribunal Supremo número 445/2010, de 14 de julio, FJ. 5º: “Si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recuriente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la Sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado”.

<sup>511</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 27/2007, de 16 de enero, FJ. 2º, “[p]uede afirmarse que la Sra. María Luisa no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual”. Sentencia comentada en FARNÓS AMORÓS, E. (2007), “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 16.1.2007”, *Indret* 4/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)); Sentencia de la Audiencia

Además, las Audiencias Provinciales no se limitan a estimar únicamente el daño moral por engaño en la filiación en el ámbito matrimonial, sino que es posible encontrar resoluciones que extienden la posibilidad de reclamar daños no patrimoniales por engaño en la paternidad a situaciones de convivencia diferentes al matrimonio civilmente válido<sup>512</sup>.

Por último, debemos mencionar que pese a que las Audiencias Provinciales asumen en su gran mayoría la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que en caso de poder estimar la existencia de daños no patrimoniales en materia de Derecho de familia tales daños han de ser valorados conforme a las reglas de la responsabilidad aquiliana, es posible encontrar algunas resoluciones que engloban dichos daños dentro de la responsabilidad contractual<sup>513</sup>. Aunque de igual forma, debemos aclarar que este razonamiento posee únicamente un carácter excepcional.

---

Provincial de Cádiz número 125/2008, de 3 de abril, FJ. 3º, “[q]ue el daño moral y/o psicológico existe, nos parece que es algo que está fuera de toda duda. De alguna manera es consustancial a situaciones como la descrita en la generalidad de los casos; de hecho es así contemplado por todas las Audiencias que se han pronunciado al respecto. Y en el caso del Sr. Diego también así ha sido. Disponemos del informe pericial del psicólogo Sr. Alvaro, convenientemente ratificado y sometido a contradicción en el Juicio. En él se destaca que ciertamente había una situación psicopatológica previa al descubrimiento de la falta de paternidad que traía causa de la propia crisis matrimonial y luego de la separación ya institucionalizada que generó una situación de angustia por una ruptura no deseada. Pero tales hitos terminaron por provocar un padecimiento moral del actor mucho más agravado al descubrir la previa infidelidad y que no era padre de quien había tenido durante más de un año como su hija”; Sentencia de la Audiencia Provincial de León número 39/2009, de 30 de enero, FJ. 3º, “[p]or tanto, lo verdaderamente determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo de la demandada a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor”.

<sup>512</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias número 211/2012, de 18 de mayo, FJ. 2º, “no nos hallamos ante un supuesto de matrimonio sino de mera convivencia lo que, con ser que no venían los contendientes obligados a los deberes del matrimonio (art.66 y sgts CC), no quita para que la conducta que le es exigible halla de acomodarse a la buena fe de acuerdo con las circunstancias concurrentes y como es que los hechos son los expuestos y son de notoria gravedad e importancia, pues se trata de que la demandada comunicó al actor su embarazo haciéndole de este modo partícipe de la idea de su primogenitura, habrá de convenirse con el recurrente que la demandada procedió (sino dolosamente) incurriendo en culpa grave que determinó el reconocimiento por el actor del nacido como hijo propio y su tratamiento como tal hasta que conoció que no lo era con el consecuente daño moral consistente en el desengaño y frustración de su rol de padre, a más de la proyección externa que el acontecimiento pudo tener en su lugar de trabajo con afectación de sus derechos personales como son su imagen y consideración social”.

<sup>513</sup> A modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada número 43/2005, de 25 de enero, FJ. 1º, “[e]ste tuvo que prever el resultado dañoso, perjudicial, que para la señora demandante produciría la situación referida, tras trece años de noviazgo, un perdón, dado por la novia, a infidelidades pasadas y un aparente deseo de vida en común inexistente, roto durante el viaje de novios. Deseo, insistimos, que impulsó a la actora a dar su consentimiento matrimonial. Por tanto, esa exigencia que imponía al señor demandado un acto de voluntad tendente a romper tal ficción, y que no se produjo, lleva a una obligada indemnización, que se desprende de tal omisión, hallando su acomodo en el artículo 1101 del Código Civil”.

### 6.2.7.1.3 Daño moral por privación indebida de visitas a los hijos

Relacionado con el grupo de casos anterior, encontramos aquellos supuestos en los que uno de los progenitores sufre daños no patrimoniales por ver obstaculizado su derecho de visitas y su relación con su hijo menor de edad. Dentro de todo el elenco de situaciones en las que un progenitor puede ver afectado su derecho de visitas, podemos diferenciar dos grandes grupos, por un lado, aquellos casos en los que este derecho se ve condicionado por una actuación improcedente de una Administración pública y, por otro lado, cuando el derecho de visitas es afectado por una actuación negligente de un particular, siendo este particular generalmente el otro progenitor.

Sobre el primer grupo de casos, es posible encontrar una extensa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se reconoce la existencia de daños morales derivados de actuaciones estatales que afectan de forma negativa al derecho de visitas de uno de los padres del menor<sup>514</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos procede a valorar en cada caso concreto si las actuaciones estatales suponen una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el que se establece que toda persona debe tener derecho al respeto de su vida privada y familiar, no pudiendo existir injerencia alguna de la autoridad estatal en este derecho salvo en situaciones de prevención del orden, defensa del delito, protección de la salud, la moral y derechos y libertades de los demás. Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2002 afirma que el no permitir de forma injustificada a los padres participar en el proceso por el que se dicta una orden de acogimiento provisional del menor supone una vulneración del artículo 8 del Convenio. El Tribunal entiende que la separación decidida por los poderes públicos de forma arbitraria entre los padres y el menor ocasiona un daño moral a los afectados que tiene que ser indemnizado<sup>515</sup>. Sin lugar a dudas, la postura

---

<sup>514</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006), “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador), *Daños en el derecho de familia*, edición de 2006, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 190, “[l]a admisión de una indemnización por daños morales en supuestos relacionados con el ejercicio del derecho de visitas se viene estimando por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos en que no queda suficientemente protegido dicho derecho”.

<sup>515</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2002, Puntos 98 y 108, “98. [e]n opinión del Tribunal, era crucial que los padres hubieran podido presentar, en algún momento antes de que se dictara la orden de acogimiento provisional, su propio punto de vista. Señala que el informe de la investigación oficial indicaba que la Junta de Bienestar Infantil podía «haber mostrado una mayor creatividad para buscar una solución que hiciera más justicia a los “intereses” de los padres» y que el consejo de la Junta de Bienestar Infantil al Juez de Menores debería haber sido más completo (apartado 56 supra). Además señala que el Tribunal de Apelación observó que habría sido preferible haber involucrado a los padres en el proceso de toma de decisiones, al menos en una fase anterior (apartado 40 supra). El no haberles permitido, de manera injustificada, participar en el proceso de toma de decisiones, condujo a dictar una orden de acogimiento provisional denegándoles el requisito de protección de sus intereses que contempla el artículo 8 del Convenio, incluyendo su derecho a impugnar la necesidad de la medida solicitada por la Junta de Bienestar Infantil. Esa medida, hay que señalarlo, fue la base de una

defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ser calificada como lógica y razonable, pues lo contrario habría supuesto que toda la angustia, desasosiego, etc., que los progenitores y el hijo pudieran experimentar por una separación injustificada quedaría sin compensación alguna, lo que resultaría a nuestro parecer algo totalmente inadmisibile.

La protección de los menores, que tiene su enfoque constitucional en el artículo 39 CE, está desarrollada en diferentes leyes: el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en donde se indica que el interés del menor debe primar sobre cualquier otro; en el artículo 38.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en el que se procede a limitar la edad máxima permitida para que el hijo de una interna pueda residir en el centro penitenciario, debiendo además la Administración Penitenciaria potenciar las relaciones materno-filiales<sup>516</sup>; o en el punto primero del artículo 170 del Código Civil, estableciéndose que los progenitores pueden ser privados total o parcialmente de su potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

El principal problema a tratar se encuentra en aquellos casos en que una Administración pública al intentar hacer prevalecer el interés del menor lleva a cabo una actuación improcedente que ocasiona daños morales en los progenitores y en su hijo. En estas situaciones, la responsabilidad de la Administración que ha actuado de manera negligente debe ser valorada conforme al capítulo I del título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

---

lamentable separación de los demandantes y de su hija durante cinco meses y dieciocho días. 108. El Tribunal observa que los demandantes se reunieron tras cinco meses y dieciocho días. Aunque no puede afirmarse que se hubieran podido reunir antes si hubieran estado involucrados en el proceso inicial de toma de decisiones, el Tribunal acepta que los tres demandantes sufrieron un daño moral debido a angustia y ansiedad, como resultado de los sentimientos de frustración e injusticia, que no queda suficientemente compensado por la constatación de la violación del Convenio. Resolviendo de manera equitativa, el Tribunal concede a los demandantes, conjuntamente, 15.000 €"; en la misma línea, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2000, Puntos 72, 76 y 77, "72. [e]n suma, el Tribunal considera que los procesos de decisión relativos tanto a la expulsión del demandante como a la cuestión de las visitas no proporcionaron la suficiente protección de los intereses del demandante garantizados por el artículo 8. La injerencia en el derecho del demandante en virtud de esta disposición no era, pues, necesaria en una sociedad democrática. Por lo tanto, hubo violación de este artículo. 76. El denunciante alega que sufrió, y continúa sufriendo, un daño moral. Deja a la discreción del Tribunal la determinación de la suma de la indemnización justa. El Gobierno demandado no expresa su opinión sobre este punto, mientras que el Gobierno de Turquía considera adecuado conceder 20.000 NLG. 77. El Tribunal, resolviendo en equidad, concede una indemnización al demandante de 25.000 NLG".

<sup>516</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2001), *Manual de derecho penitenciario*, editorial Colex, ediciones Universidad de Salamanca, Madrid, p. 210, "[l]a Ley 13/1995, de 18 de diciembre, al fijar la edad de escolarización gratuita en los tres años, modificó el art. 38.2 LGP, restringiendo a esa misma edad la permanencia de los menores con sus madres en prisión. Antes de la reforma los hijos menores podían permanecer con sus madres hasta los seis años de edad. La razón de esta tendencia a ir reduciendo la edad radica en el hecho de considerar que la cárcel no es el medio adecuado para la formación del menor. Asimismo, entre el interés de la madre de guardar el hijo en su compañía y el interés del menor a tener una formación no contaminada por el medio carcelario, debe prevalecer este último".

Administrativo Común (que será sustituido por el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015)<sup>517</sup>. Los Tribunales entran a valorar todos los daños que han podido sufrir los padres y los hijos como resultado de la actuación de la Administración y, en función de los mismos, fijan el *quantum* de la indemnización que correspondería en cada caso concreto. Como ejemplos, encontramos las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fechas 21 de octubre de 2011 y 5 de abril de 2006, respectivamente, en las que se conceden indemnizaciones por daño moral por todo el elenco de situaciones y sentimientos encontrados que pueden originarse tanto en los menores de edad como en los progenitores que sean víctimas de lo descrito<sup>518</sup>.

Por lo que se refiere al segundo grupo, cuando los vínculos familiares son afectados por actuaciones de particulares, el derecho de relación con los hijos menores se encuentra reflejado en el primer párrafo del artículo 160 del Código Civil como un derecho independiente al ejercicio de la patria potestad. Sobre este derecho el Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente comentada, entiende que cualquier injerencia ilegítima perpetrada por un particular en el derecho de relación de los progenitores con sus hijos menores de edad recogido en el artículo 160 del Código Civil, puede dar lugar a la existencia de daños no patrimoniales del progenitor que ve coartado este derecho, siempre que exista relación de casualidad y con independencia de las acciones penales que pudieran corresponder<sup>519</sup>. En un sentido similar,

---

<sup>517</sup> Por todos, MARÍN GARCÍA, I., LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. (2010), “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”, *Indret* 2/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 25, “[l]a entidad pública que dictó una declaración de desamparo improcedente responde frente aquellos padres que fueron indebidamente privados de la compañía de sus hijos menores con arreglo al régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27.11.1992)”.

<sup>518</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2011, FJ. 6º: “La Sentencia de instancia recoge una indemnización para la recurrente Sra. Regina de cuarenta mil euros -40.000 euros-, sin especificar y determinar si ese daño moral por el padecimiento de la pérdida de relación con sus hijas menores ha de circunscribirse a ambas conjuntamente o a una sola. Bien es cierto, y debe tenerse en cuenta a efectos de fijación del “*quantum* indemnizatorio” que ambas hijas fueron separadas del entorno familiar biológico y, a su vez, separadas ambas, puesto que cada una siguió un itinerario distinto que motivó a la madre un padecimiento específico por cada una de ellas, y sin duda, doble, por poder recuperar a ambas que se encontraban en situaciones distintas”; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 5 de abril de 2006, FJ. 11º, “[e]l capítulo de daños morales es explicitado por extenso por los recurrentes: 1) Cincuenta y cinco días de interrupción de la convivencia; 2) Cuatrocientos veintidós días de privación de vida independiente; 3) Ochocientos veintitrés días soportando intromisiones ilegítimas; 4) Cuatrocientos ochenta y cuatro días de privación de la patria potestad; 5) Vulneración de la intimidad personal por la difusión del conocimiento de la adicción y enfermedad del recurrente; 6) Merma de la buena fama; 7) Incidencia de dicha merma en las relaciones de los recurrentes; 8) Incidencia en la autoestima y en la auto culpabilización; 9) Padecimientos de ambos recurrentes; 10) Consecuentes angustia y tristeza. 11) Limitación de la libertad de fijar domicilio libremente; 12) Pérdida de la confianza en las instituciones públicas”.

<sup>519</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 512/2009, de 30 de junio, FJ. 5º, “[e]n consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien

es posible encontrar resoluciones de las Audiencias Provinciales en las que se conceden indemnizaciones por daños morales a aquellos padres o madres que ven frustrado su derecho de visita por otra persona<sup>520</sup>.

Por lo tanto, a modo de conclusión podemos confirmar que la doctrina mayoritaria así como los tribunales admiten el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales cuyo origen se encuentre en las consecuencias lesivas que la privación indebida del derecho de visitas pueda generar, con independencia de que hayan sido provocados por una actuación negligente de una Administración pública o por un particular. Asimismo, para aquellos supuestos en los que la privación indebida de este derecho sea causada por particulares existe un amplio consenso, al igual que en los casos tratados en apartados anteriores, en considerar que tendrán que ser estudiados conforme a las normas de la responsabilidad aquiliana<sup>521</sup>.

---

impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia". Sentencia comentada en BOSQUES HERNÁNDEZ, G. J. (2010), "Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 83, editorial Civitas, págs. 885-904.

<sup>520</sup> A modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 de abril de 2002, FJ. 3º, "[e]s por lo tanto lógica y atendible la existencia razonable de temor y de angustia del actor ante la conducta de los demandados, conducta que puede llegar a producir no sólo la privación de contacto entre el padre y la hija, sino además la pérdida del afecto o la imposibilidad de que éste nazca entre Marta y su padre. Tal privación de contacto con la hija reúne los requisitos precisos para entender existente el derecho al resarcimiento del daño moral. En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque, lejos de obedecer al interés de la menor, se debió a la intención de los demandados de lograr la adopción de la niña por el codemandado señor C., alejando así de las relaciones familiares al actor; y también porque el tribunal de instancia había resuelto ya lo procedente, de conformidad con el artículo 160 del Código Civil, la efectividad de las visitas. En segundo lugar, la privación de contacto ha sido importante ya que el actor no ha logrado tener contacto con la niña pese al tiempo que hace que se viene pretendiendo ejercitar el derecho que le viene conferido. Y en tercer lugar, se dio la situación de afectación en la esfera psíquica (como se establece en la Sentencia del Juzgado), y resulta lógica su generación habida cuenta las circunstancias concurrentes, tanto las que menciona la resolución impugnada, como las que son deducibles de un juicio de notoriedad. Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la ineffectividad del derecho, se han de unir la preocupación por la posible pérdida afectiva de la hija, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia de la posición de la madre, guardadora de la niña, que impide la visita con desprecio de los intereses de la otra parte e incluso de los de la propia hija"; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 283/2008, de 26 de marzo, FJ. 4º, "es innegable que el privar a un padre o a una madre de la compañía de su hija, a la que, de otra parte, puede ver en contadas ocasiones, comporta una aflicción moral que debe ser resarcida económicamente".

<sup>521</sup> Por todos, BOSQUES HERNÁNDEZ, G. J. (2010), "Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 83, editorial Civitas, p. 896, "la vulneración del derecho a relacionarse, al no tener consecuencia prevista en el ordenamiento de familia, ni depender de si se ostentan la patria potestad o no, tiene la puerta abierta para recurrir a la responsabilidad *aquiliana*"; RAMOS MAESTRE, Á. (2012), "La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas", en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson S.L., Madrid, p. 393, "[s]i bien el incumplimiento del derecho-deber de visitas en sí mismo considerado no es susceptible de resarcimiento, sí lo es por las consecuencias lesivas que genera. La posibilidad de introducir el resarcimiento de daños y perjuicios como solución válida para el incumplimiento del régimen de visitas

### 6.2.7.2 Daño moral por incumplimiento de acuerdos o pactos conyugales

Centrándonos en el tema que nos ocupa, debemos analizar el daño moral que puede ser ocasionado por el incumplimiento de los acuerdos o pactos conyugales que se encuentran permitidos por el artículo 1323 del Código Civil<sup>522</sup>. El carácter contractual que revisten estos pactos, y que ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, es lo que permite que nos planteemos que el incumplimiento de estos acuerdos por alguno de los cónyuges pueda derivar en daños para la otra parte entre los que se encontraría el daño moral. Existen diferentes ejemplos del carácter contractual que el Tribunal Supremo otorga a los pactos conyugales. Uno de ellos se encuentra en su Sentencia de 5 de febrero de 1990, en la que el

---

podemos admitirla en los casos en los que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 1902 C.c. En este sentido un nutrido grupo de autores en nuestra doctrina, se muestra partidario de extender las normas de la responsabilidad aquiliana al incumplimiento del régimen de visitas, partiendo de la consideración del mismo no solo como un derecho del progenitor, sino también como una obligación parental y considerando procedente la indemnización por daño moral presunto «si el progenitor acredita la vigencia de su interés en la relación con el hijo con el que no convive».

<sup>522</sup> HERRERO GARCÍA, M. J. (1993), “Comentario al art. 1323 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 597, “la condición de casados de los contratantes no permite deducir *a priori* la existencia de mayores peligros de lesión de los intereses de terceros o del propio cónyuge; intereses protegidos en nuestro ordenamiento a través de normas que –si pueden considerarse un límite a la libertad de contratación entre cónyuges– son de aplicación general en el ámbito contractual”; MORENO, V. (2008), “La validez de los acuerdos prematrimoniales”, *Diario La Ley*, nº 7049, sección tribuna, 5 nov. 2008, editorial La Ley (<http://www.laley.es>), p. 2, “[c]on carácter general el artículo 1323 CC permite a los cónyuges celebrar validamente toda clase de contratos, sin más límites que las leyes, la moral o el orden público (art. 1255CC). De la misma forma podrán pactar cualesquiera disposiciones por razón de matrimonio (1325 CC), teniendo las obligaciones derivadas de los mismos plena fuerza vinculante entre los cónyuges (1091 CC), siempre que concurren los requisitos esenciales para la existencia del negocio (1261 CC), y se cumplan los requisitos de *forma ad substantiam* y las especiales en las materias objeto de pacto (art. 90 párrafo 2.º, 1328 y 1814 CC)”; ALLUEVA AZNAR, L. (2013), “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Secc. 1ª), de 12.7.2012, *Indret* 1/2013 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 13, “[l]os pactos en previsión de ruptura matrimonial están sometidos a limitaciones de distinto orden: los límites generales impuestos a todos los actos de autonomía privada y los límites específicos del derecho de familia. En consecuencia, en primer lugar, estos acuerdos no podrán ser contrarios ni a la ley, ni a la moral, ni al orden público (art. 1255 CC). Sin embargo, como consecuencia de la naturaleza contractual de estos pactos, se requiere la presencia de los elementos esenciales de un contrato (consentimiento libre y consciente, y objeto y causa lícitos) (art. 1261 CC) y el respeto de reglas referentes a la forma. Y, en segundo lugar, los pactos deberán respetar la igualdad de derechos entre los cónyuges (art. 32 CE), no deberán descuidar la atención a las necesidades básicas, deberán respetar el interés superior del menor (arts. 233-3.1 y 233-5.1 CCCat), no se podrán utilizar para transigir sobre cuestiones matrimoniales o sobre alimentos (art. 1814 CC), no podrán ser gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y tampoco podrán atentar contra los derechos fundamentales”.

Tribunal no duda en admitir la validez de un contrato privado suscrito el 13 de diciembre de 1985 entre los cónyuges<sup>523</sup>.

En cuanto al posible contenido de estos pactos, PARRA LUCÁN mantiene que “[l]os límites a la autonomía de la voluntad vienen impuestos por el respeto a los derechos fundamentales, que representan en la actualidad el sistema de valores que inspira nuestro ordenamiento. Puede afirmarse que los principios constitucionales consagrados en los arts. 1 y 10 Constitución (la libertad, la justicia y la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico; la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social) deben inclinar, en la duda, a favor del respeto a la autonomía de la voluntad. Cuestión diferente es la de la eficacia frente a terceros de los pactos, en especial por las consecuencias que se derivan de la titularidad de los bienes y de la responsabilidad frente a terceros por las deudas contraídas. El problema no debe ser abordado tanto como una cuestión de validez sino de oponibilidad, de eficacia frente a terceros, conectado con los principios de seguridad jurídica y tutela del crédito”<sup>524</sup>.

---

<sup>523</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1990, FJ. 1º, “[p]or demanda tramitada por el juicio declarativo de menor cuantía se insta la pretensión que consta en autos dirigida contra la esposa del actor, con la que estaba separado de hecho el demandante y en base al contrato privado suscrito en 13 de diciembre de 1985 cuya validez se postula con los efectos derivados, que fue estimada en la sentencia de primer grado, y confirmada, a su vez, al desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la citada demandada, y, en cuya virtud, se declara «La validez y eficacia del documento privado de 13 de diciembre de 1985, suscrito entre los litigantes, condenando a la demandada»”; en la misma línea, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987, FJ. 3º, “no se cumple, “en contra de lo apreciado por la resolución recurrida, con la declaración por vía civil o canónica de la invalidez o la disolución del vínculo conyugal, ya que, tratándose de una cuestión relativa a la interpretación de una cláusula contractual, debe aplicarse la doctrina reiteradamente sostenida por la jurisprudencia de esta Sala, de que la interpretación contractual es función atribuida a la Sala de Instancia, cuyas decisiones deberán ser respetadas en casación a no ser que puedan ser calificadas de ilógicas, y mal pueden aplicarse tales calificaciones a la labor exegética de los Juzgadores de Instancia cuando en apoyo de su tesis razonan en el considerando 18 de la sentencia del Juzgado, expresamente acogida por la Audiencia Territorial, que el hecho de que los litigantes hubieran identificado la condición suspensiva con una sentencia de nulidad canónica y el hecho de que ambos litiguen hoy sobre el divorcio, da pie para afirmar que, junto al cumplimiento en sentido estricto, cabe un cumplimiento por equivalencia de la condición y que, a la luz de las reglas de interpretación objetiva de conservación del negocio (artículo 1.284 del Código Civil) y teleológica (artículo 1.286 del mismo Código) las partes quisieron condicionar la eficacia del pacto séptimo simplemente a la desaparición del vínculo conyugal, que si, en un tiempo sólo podía operarse a través de la declaración canónica de invalidez, hoy puede obtenerse por medio de la sentencia civil de divorcio”. Sentencia comentada en CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1987), “Validez del contrato destinado a regular los efectos de la disolución del matrimonio”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 14, págs. 4703-4710.

<sup>524</sup> PARRA LUCÁN, M. Á. (2011), “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, *Diario La Ley*, Nº 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Editorial LA LEY, LA LEY 13922/2011 (<http://www.laley.es>), p. 3; en sentido similar, MORENO VELASCO, V. (2011), “El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad”, *Diario La Ley*, Nº 7609, Sección Doctrina, 12 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-160, Editorial LA LEY, La Ley 3452/2011 (<http://www.laley.es>), p. 11, “[y]a hemos comentado anteriormente que uno de los límites constitucionales a la voluntad de los cónyuges son los pactos restrictivos de la igualdad de los cónyuges. Pero ¿Cómo debe entenderse la igualdad entre los cónyuges? *A priori*, el análisis que se realice de los pactos no puede perder de vista el respecto a su propia libertad de



Junto a los límites que PARRA LUCÁN indica, deben sumarse también los señalados en el artículo 90 del Código Civil, entre los que se encuentra la supeditación de la aprobación por parte del juez de los acuerdos que tengan por objeto regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio a que no sean dañosos para los hijos ni gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges<sup>525</sup>. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo número 1183/1998, de 21 de diciembre (FJ. 2º), declara que “los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o «*conditio iuris*» de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen

---

pactar, debiendo proscribirse únicamente aquellos pactos que de forma más clara ataquen la igualdad de los cónyuges, pero no aquellos que no muestren más que el ejercicio de su propia libertad de pacto, sobre todo en materias de libre disposición, fundamentalmente de naturaleza patrimonial. Si determinados pactos se permiten entre extraños, más aún deben permitirse entre casados donde las relaciones de confianza suelen avalar la gestión ajena de negocios o la alteración de reglas que el matrimonio considera inútiles o inapropiadas para sus relaciones”; DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2012), “Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 730, p. 1041: “Los convenios tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código Civil un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Además y al margen del convenio regulador, los cónyuges pueden establecer los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de *forma simultánea*, pero con referencia al convenio, a la suscripción de este o, *posteriormente*, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente. Sin olvidar la posibilidad de acuerdos *prematrimoniales*. Acuerdos que no podrán hacerse valer frente a terceros pero son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autoregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil”.

<sup>525</sup> Sobre la limitación del artículo 90 del Código Civil, PINTO ANDRADE, C. (2011), “Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”, *Diario La Ley*, Nº 7571, Sección Tribuna, 17 feb. 2011, año XXXII, Editorial La Ley, La Ley 96/2011 (<http://www.laley.es>), p. 10, “parte de la Doctrina entiende que en realidad las posibles causas de ineficacia de algunos pactos concretos encajan con los términos del art. 90.2 CC cuando condiciona la aprobación judicial de las disposiciones del Convenio Regulador a que no sean «gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges» y con los del art. 1328 CC cuando prohíbe los pactos en las Capitulaciones Matrimoniales «que limiten la igualdad de derechos que correspondan a ambos». De este modo, un pacto de renuncia a la pensión compensatoria que situara a uno de los esposos en una posición de precariedad económica y clara desigualdad no podría ser eficaz ni en Convenio Regulador ni en pacto previo ni en Capitulaciones Matrimoniales. Para otros autores sin embargo, tales referencias son auténticas reminiscencias históricas que parten de la idea preconcebida de debilidad de la esposa, de tal modo que el único límite que habría de imponerse a la eficacia de las renunciaciones serían la existencia de algún vicio del consentimiento o un posible cambio de circunstancias sobrevenida. Y ciertamente estas renunciaciones no suelen ser gratuitas, sino que se insertan en el contexto de acuerdos de contenido económico entre los cónyuges que conllevan una contrapartida patrimonial normalmente derivada de la liquidación del régimen económico matrimonial de tal manera que difícilmente aparecerán «graves perjuicios» o «desigualdad de derechos» para uno de los cónyuges”.

del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues como dice la Sentencia de 22 abril 1997 «no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico»<sup>526</sup>.

Por todo ello, entendemos que siempre y cuando se respeten los límites referidos los cónyuges podrían pactar lo que considerasen oportuno, incluso una indemnización por daños derivados del incumplimiento de los deberes matrimoniales (que como vimos en los epígrafes anteriores, salvo excepciones, no son indemnizados por nuestra jurisprudencia).

En definitiva, siempre que se respeten los límites anteriormente mencionados cabe la posibilidad de estimar el daño moral bien por el pacto expreso sobre su resarcimiento por incumplimiento de alguno de los contenidos de estos acuerdos, de forma similar a la inclusión de una cláusula penal en un contrato, sin que este hecho tenga por qué suponer una alteración del contenido sustancial del matrimonio<sup>527</sup>, o bien por el propio

---

<sup>526</sup> Sentencia comentada en MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (1999), “21 de diciembre de 1998. Convenio regulador de los efectos de separación o divorcio. Validez y eficacia de los acuerdos que lo modifican o complementan. Deudas de dinero. Daños moratorios”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 50, págs. 715-732; compartiendo la argumentación recogida por la STS de 21 de diciembre de 1998, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 1 de octubre de 1992, FJ. 4º, “[d]e lo anterior resulta que el acuerdo de separación conyugal configuró una obligación de no hacer, de no residir fuera de Cartagena, que, desde el punto de vista técnico, resulta difícilmente coercible puesto que su posible incumplimiento podría venir avalado directamente por preceptos constitucionales; razones estas que llevan a pensar en que, en realidad, las partes no pactaron aquí una auténtica obligación que fuera mutuamente exigible y cuyo incumplimiento se pudiera traducir en la solicitud de un cumplimiento forzoso o de una indemnización de daños y perjuicios, porque el cumplimiento forzoso aquí equivaldría al contenido de la pena de confinamiento, medida esta que sólo es posible cuando se haya cometido un delito que según el Código Penal la lleve aparejada; sino que el citado pacto tan sólo constituyó la expresión de una intención o deseo que sólo se puede mantener en tanto ambos cónyuges sigan manifestando su voluntad favorable al cumplimiento”.

<sup>527</sup> GASPÁR LERA, S. (2011), “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. III, pp. 1051 y 1052, “un acuerdo prenupcial consistente en fijar una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de los deberes incoercibles que derivan del matrimonio, permitiría dar trascendencia jurídica a estos últimos, eliminando incertidumbres tanto sobre la posibilidad de obtener resarcimiento como sobre su

incumplimiento del pacto matrimonial de forma similar al daño moral que pudiera nacer de la infracción de cualquier otro contrato<sup>528</sup>.

A esta misma conclusión llegan nuestros tribunales, ya que existen resoluciones judiciales que aceptan la posibilidad de indemnizar por daños y perjuicios al cónyuge perjudicado por el incumplimiento del convenio o pacto formalizado con su pareja. El contenido de los pactos conyugales es interpretado conforme al artículo 1281 del CC y sus efectos en función del artículo 1284 CC<sup>529</sup>. Cuando se produce el incumplimiento de tales pactos, la valoración y el resarcimiento de los daños ocasionados es realizada a través de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil. Entre los daños indemnizados por los tribunales se encuentran los daños personales<sup>530</sup>, siempre y cuando pueda acreditarse la existencia de los mismos.

---

determinación. Y en cuanto a su validez, no parece que quepa cuestionarla, pues a diferencia de los acuerdos de supresión de los deberes conyugales, los que ahora consideramos no comportan una alteración del contenido indisponible del matrimonio. Los cónyuges simplemente asumen de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber de no hacer, de carácter personalísimo, configurando así, de conformidad con sus planteamientos, convicciones y expectativas depositadas en el matrimonio, el grado de compromiso que pretenden asumir”.

<sup>528</sup> PEÑA Y GONZALO, L. (2010), “El derecho a la vida conyugal en la sociedad contemporánea”, *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, n° 745, p. 745, “4.º [h]an de respetarse las reglas generales del derecho de obligaciones y contratos, empezando por la de *pacta sunt seruanda*. Los convivientes establecen, en sus pactos, cláusulas sobre sus obligaciones recíprocas (en lo corporal, en lo afectivo, en lo económico, o en cualquier otro ámbito) cuya inobservancia ha de acarrear la sanción indemnizatoria (que puede pactarse en el contrato de unión conyugal como cláusula penal, junto con una cláusula penitencial). Asimismo ha de aplicarse la regla del art. 1256 CC, a saber: que el cumplimiento de un contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. Al igual que en cualquier negocio jurídico, han de distinguirse una primera fase de consolidación (en la que vale el desistimiento sin causa), de las fases ulteriores de más plena fuerza de obligar de las cláusulas contractuales. 5.º Tales contratos de convivencia pueden tener duración definida o indefinida. En este último caso sólo es lícita la disolución inmotivada por iniciativa de una de las partes obligándola a pagar la indemnización por daños y perjuicios. 6.º Como *ius cogens* para esos contratos, y para cualesquiera otros, ha de aplicarse el principio indemnizatorio de que han de abonarse tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante. Quien en su juventud y belleza ha renunciado a otras posibles trayectorias –acaso más brillantes y prósperas– para unir su vida a la de otra persona tiene derecho –si ésta decide romper ese contrato de unión– a que la indemnización incluya el pago de todo ese lucro cesante, incluido el bien moral, no sólo el material, al igual que el daño emergente incluye también el daño moral”.

<sup>529</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 904/2006, de 18 de septiembre, FJ. 9º, “[d]e ahí que la intención de los contratantes, como elemento esencial de interpretación previsto en el artículo 1281 del Código Civil, y la producción de efectos a que se refiere el artículo 1284, llevan a determinar que se trataba para el esposo de una obligación exigible con especial rigurosidad, dada la situación de claro beneficio que mantenía, y que no resultaba posible al mismo poner condiciones no previstas para el cumplimiento de dicha obligación. Por ello la conclusión obtenida por la Audiencia, al igual que ya había establecido el Juzgado, de que existió un incumplimiento por parte del esposo que genera responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil consistente en el pago de la diferencia del menor valor que por la venta del inmueble pudiese obtenerse en la actualidad y los intereses correspondientes de la cantidad resultante, respecto de la que en su momento pudo obtenerse si tal cumplimiento se hubiera hecho efectivo, no infringe ninguna de las citadas normas y los referidos motivos han de ser desestimados”.

<sup>530</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja número 154/2006, de 10 de mayo, FJ. 3º, “[a]plicando la anterior doctrina al supuesto de autos ha de señalarse, en primer término, que no puede entenderse

Para su estimación, la jurisprudencia tiene en consideración la existencia de mala fe por parte del cónyuge incumplidor<sup>531</sup>.

En resumen, podemos concluir que tras el estudio de la doctrina y jurisprudencia citadas es posible afirmar que cabe la estimación de daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de convenios o pactos matrimoniales que pueda experimentar el cónyuge afectado por dicho incumplimiento a través de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

## **6.2.8 Incumplimiento del contrato de servicios médicos**

### **6.2.8.1 Responsabilidad extracontractual, contrato de arrendamiento de servicios, contrato de obra. Doctrina de la unidad de la culpa civil**

Como es sabido, las negligencias acontecidas en el ámbito sanitario pueden derivar en responsabilidad penal, en responsabilidad disciplinaria (Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos) y/o en responsabilidad civil, siendo ésta última sobre la que nos centraremos y más concretamente en el daño moral que puede surgir como consecuencia de una actuación médica impropia.

---

acreditado (y tampoco así se manifiesta en la resolución dictada en la instancia) que existiera un incumplimiento contractual por parte de la demandada consistente en desatender su obligación de desvincular a su esposo de la titularidad de los préstamos hipotecarios. Así, el demandante no acredita que tales obligaciones le fueran exigidas por parte de las entidades bancarias y sólo aporta una supuesta carta por él remitida a una de estas entidades (folio 15) de la que no consta el motivo de su redacción, mientras que la demandada acredita que sí intentó este cambio de titularidad (folio 42) y que no le fue posible. Pese a ello la sentencia recurrida ha incidido especialmente en la falta de acreditación de los daños y perjuicios supuestamente sufridos por el demandante por resultar mucho más evidente. Sobre los daños materiales, de hecho, sólo se aporta con la demanda una supuesta copia de la inclusión del demandante en un informe de riesgo (al folio 22), que carece de fecha, y no acredita en ningún momento ni su intención de obtener créditos ni la negativa de las entidades bancarias a concedérselos. Sobre los daños personales, único aspecto en el que incide el recurrente, sólo se acredita que el demandante padece un trastorno de ansiedad a partir de un informe médico remitido (folio 88), ratificado por la facultativa que lo elaboró, sin que se pueda deducir el origen del padecimiento y menos aún si éste ha sido provocado por el incumplimiento de la demandada de su obligación de desvincular al demandante de los préstamos hipotecarios o por otras causas o incluso si era anterior a su separación matrimonial”.

<sup>531</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real número 308/2002, de 6 de septiembre, FJ. 4º, “[e]n este sentido, se considera suficientemente acreditado la conducta de mala fe del codemandado, y el nacimiento de su responsabilidad a indemnizar a la misma, tanto personalmente por el claro incumplimiento del convenio regulador, procediendo a la transmisión del bien ganancial sin consentimiento de la misma- como en su cualidad de administrador único, de una sociedad a todas luces pantalla, prácticamente unipersonal, de la explotación del negocio ganancial, cuya confusión patrimonial ha de revalidar la procedencia de la responsabilidad del administrador único y esposo. Los argumentos esgrimidos por la Juzgadora a quo, en orden a la falta de acreditación de perjuicio y responsabilidad, no son acogibles en esta alzada, máxime cuando soslayan la evidencia de la privación efectiva del derecho de la esposa a su participación y liquidación en el bien ganancial”.

Antes de entrar en el análisis de la materia, hemos de proceder a diferenciar dos tipos de atención médica, por un lado, aquella atención que se realiza de urgencia con el propósito de solucionar o paliar un problema de salud del paciente y, por otro lado, los procedimientos médicos a los que el paciente se somete de forma voluntaria buscando con ello un resultado concreto<sup>532</sup>.

Sobre el primer grupo de situaciones, aquellas en las que un paciente es tratado de urgencia, es decir, cuando la actividad médica no ha sido acordada de forma previa entre el paciente y el profesional sanitario, nos encontramos ante casos en los que aparentemente no existe un vínculo contractual entre médico y enfermo, por lo que la posible responsabilidad que se derive de una actuación negligente por parte del profesional sanitario deberá ser tratada a través de la vía de la responsabilidad extracontractual, siendo los requisitos necesarios para ello los generales que se exigen para apreciar la existencia de este tipo de responsabilidad<sup>533</sup>. Por lo tanto, para que podamos hablar de responsabilidad

---

<sup>532</sup> URBANO CASTRILLO, E. (2008), "La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos", *Revista la Ley*, Nº 6880, 11 de feb. 2008, Ref. D-39, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 1, "[a]ctualmente, además de las intervenciones quirúrgicas graves, la medicina de todos los días de curar una otitis, aliviar los síntomas de la gripe o tratar una gastroenteritis, se une a la demanda de una medicina de «calidad de vida» o mejoramiento del aspecto físico-psíquico, terreno en el que florecen la cirugía estética, la dietética o la odontología"; SEIJAS QUINTANA, J. A. (2010), "Responsabilidad civil médico sanitaria", en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coordinador), *Supuestos de responsabilidad civil (médico-sanitaria, transporte de viajeros y mercancías y leyes especiales)*, La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, p. 58, "[l]a jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido distinguiendo entre medicina curativa, necesaria o asistencial, y medicina voluntaria o satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología y se califica nítidamente como de arrendamiento de servicios. La segunda es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o lo que es lo mismo para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, por lo que la actividad médica se desarrolla en el ámbito de una relación contractual próxima al régimen jurídico del arrendamiento de obra o intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios si a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, con la consecuencia de que la libertad de opción por parte del cliente es superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa. Según esta clasificación, y la terminología empleada en distintas sentencias, quien recibe el servicio tiene la consideración de paciente. El que reclama una obra, adquiere la condición de cliente, distinción esta que también ha sido matizada"; CORBELLA I DUCH, J. (2012), *Manual de Derecho sanitario*, Atelier, Barcelona, p. 253, "se mantiene la consideración diferenciada de la medicina voluntaria o satisfactiva, en cuyo ejercicio se exige una información más concreta y detallada sobre los posibles riesgos, molestias y limitaciones que se pueden derivar de su actuación. La jurisprudencia es constante exigiendo un cumplimiento riguroso y exhaustivo del deber de informar, cuya prueba incumbe al médico, a fin de que el paciente/cliente pueda ejercer con cabal conocimiento el derecho a la autonomía decisoria, poniendo de relieve los riesgos existentes, aún los menos frecuentes, ya que la libertad de opción es mayor por parte de los clientes que se someten a la medicina necesaria o curativa".

<sup>533</sup> SANTOS BRIZ, J. (1984), "Comentario al art. 1902 del CC", en ALBADALEJO, M., DIEZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXIV, artículos 1887 a 1929 del Código Civil, Edersa, Madrid, p. 539, "[l]os requisitos para la concurrencia de responsabilidad civil de los sanitarios son los generales que han de concurrir para exigirla. Las peculiaridades al respecto no son muchas".

extracontractual en estos casos ha de existir una acción u omisión del facultativo médico, un daño, una relación de causalidad entre esa acción u omisión y el daño producido, que la actividad dañosa sea ilícita o antijurídica y que la actuación del profesional sanitario sea negligente.

Entre los requisitos mencionados es el de la culpa en el que debemos detenernos brevemente. Como es sabido, salvo casos excepcionales en los que podemos hablar de responsabilidades civiles objetivas, el nivel de diligencia requerido es el que exija la naturaleza de la obligación junto a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar (artículo 1104.1 del Código Civil)<sup>534</sup>.

Si bien es cierto que como manifiesta PANTALEÓN la tendencia a la objetivación de la responsabilidad civil de los profesionales no ha alcanzado al sector sanitario<sup>535</sup> (a excepción de la responsabilidad del centro sanitario que sea parte de un servicio público de salud que ha sido calificada de objetiva por la jurisprudencia en el sentido de que los perjudicados no deben tener la obligación de soportar un daño que podría haberse evitado con las técnicas sanitarias exigibles conforme al estado de evolución de la ciencia médica en ese momento concreto<sup>536</sup>), también es cierto que la diligencia exigida al profesional sanitario supera a la

---

<sup>534</sup> PEÑA LÓPEZ, F. (2009), "Comentario al art. 1902 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 2156, "[l]a culpa o negligencia consiste en la falta de adopción de las medidas de seguridad y cuidado que se hubiesen empleado por una persona ideal diligente (buen padre de familia) en previsión y tendentes a evitar un eventual perjuicio a terceros. La determinación del nivel de cuidado exigido debe de realizarse teniendo en cuenta las circunstancias expresadas en el artículo 1104.1."

<sup>535</sup> PANTALEÓN, F. (1993), "Comentario al art. 1902 del CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 1997, "[e]n materia de responsabilidad civil de los profesionales, la tendencia a la «objetivación» ha alcanzado a los arquitectos: p. ej. STS 25-VI-84 y 30-V-85. Pero, como lo prueban p. ej. las STS 13-VII-87, 16-XII-87, 12-II-88, 12-VII-88 y 77-II-90, no a los profesionales de la Medicina".

<sup>536</sup> A modo de ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, FJ. 4º, "[c]on relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 3747) y 11 de julio del mismo año). Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido de que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento"; es posible encontrar una parte de la doctrina que se

mera diligencia requerida por la naturaleza de la obligación debido a que todo médico debe ejercer su profesión conforme a lo conocido como la *lex artis ad hoc*<sup>537</sup>. Más concretamente, el término *lex artis ad hoc* ha sido definido por el Tribunal Supremo como el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas por la ciencia médica conforme a las circunstancias en las que se desarrolla cada caso. Es decir, el Alto Tribunal exige para que podamos hablar de responsabilidad extracontractual ocasionada por una actuación médica la existencia de culpa por parte del facultativo, así como una relación de causalidad entre la conducta negligente del profesional sanitario (delimitada por la *lex artis ad hoc*) y el daño padecido por el paciente<sup>538</sup>.

---

muestra más contundente que el Tribunal Supremo al calificar la responsabilidad de la Administración sanitaria de objetiva incluso en aquellos casos en los que no haya existido un funcionamiento defectuoso de los servicios médicos prestados. Así, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007), *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, p. 95, “estamos ante una responsabilidad *objetiva*, en la que se prescinde de toda idea de ilicitud o culpa, extendiéndose la obligación de indemnizar incluso a los casos en que no haya existido un funcionamiento defectuoso de los servicios públicos sanitarios. En tales circunstancias tampoco cabe distinguir entre actuación de la Administración en una relación de Derecho Público o de Derecho Privado, dado que el artículo 144 de la LRJAP determina claramente: «Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley». Cabe afirmar además que la responsabilidad de la Administración, además de objetiva, es una responsabilidad *directa*: frente al administrado responde la Administración correspondiente y no el funcionario que haya provocado el daño, pues dicho funcionario cuando ejerce su cargo no está actuando intereses propios, sino los intereses generales a los que sirve la Administración”.

<sup>537</sup> De esta forma, GARCÍA GARNICA, M. C. (2010), *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 22, “[a]unque poco frecuente en la práctica, cabe la posibilidad de que la atención médica se produzca al margen de todo vínculo jurídico tanto entre el paciente y el facultativo, como entre el paciente y el centro asistencial en el que es atendido. Se trataría de aquel supuesto en el que el facultativo actúa espontáneamente en caso de urgencia, sin consentimiento del paciente, ni de las personas llamadas a prestarlo por sustitución o representación, y fuera de la consulta o del centro en el que presta sus servicios. En una primera aproximación, lo lógico es pensar que a este supuesto le resultan de aplicación las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, se ha puesto de relieve que desde el momento en que no es un profano, sino un profesional de la medicina quien atiende a una persona, dada su cualificación profesional, y a pesar de que no medie contrato entre él y el paciente, surgen para él ciertas obligaciones que van más allá del genérico *neminem laedere*. De este modo que el facultativo no estará obligado por un mero deber de no irrogar daños a tercero, sino que además deberá observar la *lex artis ad hoc* en el tratamiento del paciente, sin incurrir en impericia o negligencia.”

<sup>538</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 495/2006, de 23 de mayo, FJ. 3º, “[e]s cierto que esta Sala funda la responsabilidad derivada de actos de naturaleza médica en establecimientos de carácter público en la culpa o negligencia como base de la responsabilidad extracontractual y que la obligación de diligencia del personal médico, como deber de actuación y no de resultado, se funda en el cumplimiento de la llamada *lex artis ad hoc*. La *lex artis ad hoc*, sin embargo, como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, no sólo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias”; Sentencia del Tribunal Supremo 464/2007, de 7 de

Dicho de otra forma, para estimar la existencia de responsabilidad extracontractual sanitaria deben darse todos los requisitos que comúnmente se han exigido por nuestros tribunales a la hora de apreciar la existencia de daños extracontractuales con el matiz de la culpa que será analizada según la cualificación que posee el profesional sanitario y las circunstancias concretas en las que tenga que trabajar. Estos factores condicionarán el

---

mayo, FJ. 3º, “[l]a responsabilidad médica sólo puede apreciarse cuando existe culpa o negligencia por parte del facultativo, que se concreta paradigmáticamente en la infracción de la *lex artis ad hoc* [reglas del oficio adecuadas al caso]. No es aceptable la objetivación de la responsabilidad en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, como el que establece el artículo 1902 CC, ni tan siquiera mediante la doctrina del resultado desproporcionado, que sólo es admisible como procedimiento racional encaminado por vía de inferencias lógicas a la demostración de la culpabilidad del autor del daño ( SSTS de 30 de enero de 2004, 15 de febrero de 2006, 26 de julio de 2006, 18 de diciembre de 2006 y 14 de febrero de 2007, entre las más recientes). Para que exista responsabilidad no es suficiente, sin embargo, con el elemento de la negligencia, pues se requiere la existencia de un nexo de causalidad establecido entre la conducta culposa del agente y el daño padecido. En el ámbito de la responsabilidad médica, la exigibilidad y características de este requisito ha sido destacada por las más recientes sentencias de esta Sala: SSTS de 15 de febrero de 2006, 18 de julio de 2006 y 24 de enero de 2007, entre otras. La secuencia causal es susceptible de ser valorada en el plano estrictamente factual o fenoménico, en donde se desenvuelve la función del tribunal de instancia de valorar la prueba y fijar, en consecuencia, los hechos que deben considerarse probados, los cuales, salvo circunstancias procesales excepcionales que no son del caso, permanecen incólumes en la casación. Sin embargo, la secuencia causal tiene un segundo tramo susceptible de valoración jurídica (y que por ello puede discutirse en casación), que se centra en la consideración de aquellos criterios con arreglo a los cuales no resulta razonable imputar objetivamente al médico interviniente el daño causado, cosa que ocurre cuando conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso se advierte que la conexión causal únicamente puede establecerse mediante hipótesis lejanas, dadas las circunstancias concurrentes -entre otros criterios- de intervención de terceros, limitación en cuanto al objeto y finalidad de la regla del oficio omitida, existencia de un riesgo de necesaria o voluntaria asunción por el paciente, existencia de riesgos del progreso, o construcción del nexo de causalidad mediante el regreso a episodios anteriores a partir de un episodio negativo que sólo en el momento de producirse revela la inadecuación del diagnóstico o del tratamiento seguido con anterioridad. El test que sirve para contrastar la solidez de la cadena causal en estos casos -una vez descartada la objetivación absoluta de la responsabilidad extracontractual en la que se sustenta la acción- se relaciona con la necesidad de evitar criterios de responsabilidad incomprensibles o absurdos en el terreno de la práctica médica y de la debida asistencia al paciente. La labor de integración del nexo causal desde el punto de vista jurídico debe realizarse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho, y adecuado a las reglas de experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias. La *lex artis*, entendida de esa forma, supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles ( STS 23 de septiembre de 2004). Y una vez más es menester acudir a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los *topoi* [leyes] del razonamiento práctico”.



grado de diligencia exigible y, por lo tanto, la culpa que este profesional posea en cada caso concreto.

En cuanto al grupo de situaciones en las que el paciente se dirige de forma voluntaria a un profesional sanitario buscando un resultado concreto, cuando la atención sanitaria posee su origen en un vínculo contractual entre médico y paciente, debemos entrar a valorar la calificación que se otorga a estos contratos, existiendo principalmente dos posibilidades, contrato de arrendamientos de servicios y contrato de obra. La cuestión estriba en si el facultativo se encuentra obligado únicamente a suministrar los medios requeridos para el tratamiento contratado o, si por el contrario, su responsabilidad se extiende a la obtención de un resultado concreto<sup>539</sup>. A nuestro parecer es incorrecto intentar englobar todas las relaciones contractuales médico-paciente en un único tipo de contrato. El gran elenco de situaciones que pueden originarse entre médico y paciente implica necesariamente que la naturaleza jurídica del contrato tendrá que determinarse según la actividad sanitaria que se desarrolle en cada caso concreto<sup>540</sup>.

Esta posibilidad de emplear una u otra calificación según el caso que sea investigado es la opción que ha sido elegida por el Tribunal Supremo. Dependiendo del supuesto objeto del proceso en unas ocasiones se califica el vínculo contractual médico-paciente como arrendamiento de servicios, mientras que en otros casos se califica como arrendamiento de obra<sup>541</sup>. Además, algunos autores han indicado que en determinados casos el Tribunal

---

<sup>539</sup> RIVES SEVA, J. M. (2004), "Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de derecho sustantivo y procesal en la materia", *Revista la Ley*, Nº 6011, 5 de mayo 2004, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 3, "[c]omo conclusión diremos que en la «responsabilidad médica» la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado, la salud del enfermo, sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecuencia de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado"

<sup>540</sup> De esta opinión, a modo de ejemplo, FERNÁNDEZ COSTALES, J. (1988), *El contrato de servicios médicos*, editorial Civitas, Madrid, p. 69, "la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos vendrá determinada por la actividad o tipo de asistencia facultativa que realice en cada momento, hecho que guarda una íntima conexión con las especialidades médicas, siendo necesario analizar cada una de ellas y en función del contenido técnico de las mismas fijar la naturaleza de la relación jurídica, según que la obligación que se derive de la misma sea de medios o de resultado. En el primer caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios y, en el segundo, ante un contrato de obra".

<sup>541</sup> Como muestra, podemos citar: Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990, FJ. 4º, "[e]n corroboración de la solución acogida en el precedente fundamento de derecho, es de considerar que si ciertamente el derecho positivo español no contiene preceptos definidores del estatuto jurídico del médico, sin embargo la doctrina científica y la jurisprudencia, partiendo del ordenamiento jurídico general civil, ha

Supremo otorga a estos contratos una calificación que podría denominarse como “intermedia”. Así, DOMÍNGUEZ LUELMO aclara que “hay algunos supuestos en que el

---

llegado a establecer el principio de que el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios, y aunque esta posición simplista, reductora de la intervención facultativa al aspecto contractual omite la esencial circunstancia de que el médico no ejerce su profesión solamente en vista de un enfermo concreto y a petición de él, o de quien lo represente o tenga su guarda, sino también en casos de urgencia, como siniestro, cumpliendo un imperativo deontológico, por lo que la múltiple relación fáctica que ello pueda originar puede también ser rica en matices, con complejidad incluso de relaciones, lo que determina la singular de que aquella calificación de arrendamientos de servicios que se produce entre el médico y el enfermo, con su molde amplísimo comprensivo de acogida de los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los médicos, ejercen las llamadas profesiones y artes liberales, según reconocen las Sentencias, entre otras, de 18 de enero de 1941, de 22 de diciembre de 1955, 7 de junio de 1958 y 2 de junio de 1960, revela claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado, salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole, lo que en definitiva conduce a que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada «*lex artis ad hoc*», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional”; Sentencia del Tribunal Supremo número 349/1994, de 25 de abril, FJ. 3º, “si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue”. Sentencia comentada en LLAMAS POMBO, E. (1994), “25 de abril de 1994. Responsabilidad médica contractual- Prestación médica de servicios y no de obra cuando no se pacta un resultado concreto. Deberes que integran la obligación de medios del médico, obligación de informar al paciente del pronóstico y riesgos”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 36, Editorial Civitas, págs. 1005-1020; Sentencia del Tribunal Supremo número 1193/2001, de 11 de diciembre, FJ. 4º “[e]l presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima de manera notoria al de obra y añade: «proporcionando la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue»; es correcta tal calificación pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso”; Sentencia del Tribunal Supremo número 1052/2004, de 29 de octubre, FJ. 2º, “se ha insistido en que el contrato que vincula al médico y paciente es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medios; sin embargo, también en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado.”

Tribunal Supremo entiende que existe una especie de categoría intermedia entre las obligaciones de medio y de resultado. Así ocurre en los numerosos casos resueltos de intervención de vasectomía con resultado de embarazo posterior, en los que, a pesar de considerarse que nos encontramos dentro de la categoría de la medicina satisfactiva, los tribunales entienden que la obligación es de medios, es decir, que no se garantiza el resultado, si bien se requiere el cumplimiento de un deber de información específico en cuanto a la posibilidad de una recanalización espontánea de los conductos deferentes, y a las correspondientes recomendaciones sobre la necesidad de adoptar medidas de prevención durante las semanas siguientes a la intervención. Es el incumplimiento de este especial deber de información lo que puede acarrear que el médico incurra en responsabilidad, a pesar de haber realizado la intervención con arreglo a la *lex artis ad hoc*<sup>542</sup>.

Por cuanto se ha visto, es posible reclamar los daños médicos tanto por la vía contractual como por la extracontractual en atención a si existe una vinculación entre médico y paciente previa a la existencia del daño. No obstante, es fácil encontrar situaciones relacionadas con la atención médica en las que la delimitación entre responsabilidad contractual o extracontractual no resulta clara, a lo que debemos sumar que sería injusto que la pretensión legítima de un paciente a reclamar el resarcimiento del daño pudiera verse frustrada por una elección desacertada de la vía procesal elegida para ello.

El problema planteado ha sido resuelto mediante la doctrina de la unidad de la culpa civil o yuxtaposición de responsabilidades. Esta doctrina prioriza la legítima pretensión resarcitoria del paciente sobre la elección de la norma para efectuar dicha reclamación. MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIÚ sostienen que “[l]a cuestión deviene más dudosa cuando el evento dañoso se sitúa en una «zona mixta», en la que el incumplimiento contractual puede constituir, al mismo tiempo, una lesión del deber general de no causar daño a otro. La jurisprudencia española adopta una posición pragmática al considerar que, con independencia del fundamento normativo alegado por las partes, lo relevante es la *causa petendi* de la demanda, de modo que si la petición de las partes se orienta claramente a obtener el resarcimiento de los daños, el Tribunal no puede rechazar pronunciarse sobre la cuestión con el argumento de que la elección por el demandante de la norma aplicable fue equivocada. En este sentido, son reiterados los *dicta* jurisprudenciales que señalan que «desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, (...) lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia*»<sup>543</sup>.

---

<sup>542</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007), p. 70.

<sup>543</sup> MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2010), “Comentario al art. 1902 del CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, pp. 2053 y 2054; en sentido similar, VAQUERO PINTO, M. J. (2009), “Contrato de servicios del médico”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), MORALEJO IMBERNÓN, N., QUICIOS MOLINA, S. (coordinadoras), *Tratado de contratos*, tomo I, edición de 2009, Tirant lo blanch, Valencia, p. 3596, “la complejidad de la

Entre las resoluciones del Tribunal Supremo relativas a los daños derivados de una actividad médica negligente la aplicación de la doctrina de la unidad de la culpa civil es bastante frecuente. El Tribunal Supremo defiende la idea de que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual poseen una finalidad reparadora, por lo que cuando un daño surge al mismo tiempo de la vulneración de un vínculo contractual y del deber general de no dañar a otra persona se produce una yuxtaposición de responsabilidades, pudiendo ejercitarse las diferentes acciones (contractual y extracontractual) bien de forma alternativa, bien de manera subsidiaria, o bien optándose únicamente por una de las dos, debiendo resolver el órgano juzgador conforme al principio *iura novit curia*. En el supuesto de que la parte demandante opte solamente por ejercer la acción conforme a un tipo de responsabilidad, el Tribunal Supremo entiende que el juzgador debe atenerse al camino procesal elegido por la parte actora, ya que lo contrario supondría actuar contra los principios procesales de instancia de parte o dispositivo del proceso civil y de congruencia de las sentencias<sup>544</sup>.

---

calificación resulta paliada por la doctrina de la “unidad de la culpa civil” o “yuxtaposición de responsabilidades” a la que con mucha frecuencia recurre el Tribunal Supremo en el ámbito de la responsabilidad médica: las acciones pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, o puede optarse por una u otra, e incluso, proporcionar simplemente los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden, todo ello a favor de la víctima y para lograr el resarcimiento del daño más completo posible. La teoría se traduce en que, ejercida una determinada pretensión resarcitoria no puede desestimarse ni eludir el conocimiento del fondo del asunto sobre la base de que la elección de norma por el perjudicado fue errónea (*iura novit curia*); es decir, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento (o indemnización), aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual en vez de la extracontractual o viceversa. No obstante, en ocasiones el Tribunal se considera vinculado por la acción ejercitada por el demandante: en concreto, cuando la modificación de la pretensión ejercitada puede provocar indefensión (por ejemplo, si se alega responsabilidad contractual –y se acepta por el demandado– y se resuelve como extracontractual, de modo que el demandado no tiene la posibilidad de alegar la prescripción”).

<sup>544</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 82/1994, de 14 de febrero, FJ. 2º, “[e]s doctrina comúnmente aceptada que la culpa contractual y la extracontractual responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora comprendido en el concepto genérico que a la obligación de indemnizar asigna el art. 1106 del Código Civil, por lo que el art. 1104, dictado para los casos de culpa contractual, es aplicable a la obligación nacida de culpa aquiliana o extracontractual, de ahí que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades de las que surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una u otra, tendentes ambas al mismo fin. Asimismo se entiende que cuando el actuar lesivo se produce en el cumplimiento material de un contrato, son de aplicación preferente los preceptos legales atinentes a la culpa contractual, sin necesidad de acudir a los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, aunque este principio tiene excepciones derivadas de la doctrina de la unidad de concepto de la culpa civil, y, como dice la Sentencia de 30 diciembre 1980, «estas excepciones se acentúan cuando el principio citado, de unidad de culpa civil, ha de compaginarse con los principios procesales de instancia de parte o dispositivo del proceso civil y el de congruencia de las sentencias, porque el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de manera que si se ejercita la acción extracontractual invocando los arts. 1902 y 1903 citados no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su incumplimiento y, a la inversa, como entendió repetidamente esta Sala en sus Sentencias de 26 abril 1966, 3 noviembre del mismo año, y 24

En cuanto al daño moral derivado de una mala praxis médica, es posible encontrar resoluciones tanto del Tribunal Supremo como de las diferentes Audiencias Provinciales en las que se estima la existencia de daños no patrimoniales derivados de negligencias sanitarias. Por lo que se refiere a la vía procesal empleada para valorar el daño moral originado en estas situaciones, existen sentencias que estiman los daños morales a través del artículo 1902 del Código Civil, así como sentencias en las que el daño extrapatrimonial es apreciado a través de la vía de la responsabilidad contractual, aunque cuando se opta por la vía contractual parece existir una mayor predisposición por parte de los tribunales a apreciar el daño moral en aquellas situaciones médicas en las que por sus características propias se encuentran más próximas a un contrato de obra que a un contrato de arrendamientos de servicios.

Consideramos que este hecho posiblemente se deba a que cuando el objeto del contrato consiste en la obtención de un resultado concreto caben menos dudas sobre el incumplimiento del mismo, así como de la responsabilidad por los daños que ocasione dicho incumplimiento, lo que dado el caso puede facilitar en cierta medida la apreciación por el órgano juzgador de la existencia de daño moral<sup>545</sup>.

---

junio 1969; habiendo esta última declarado que aún existente una relación contractual, el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes, y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del art. 1902, casó esta Sala la sentencia impugnada por haber estimado el Tribunal de instancia que debió ejercitarse la acción contractual, doctrina mantenida incluso cuando «*ad maiorem*» se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual -Sentencias de 21 febrero 1964 y 3 noviembre 1966- y es que, como declaró esta Sala en Sentencia de 10 febrero 1966, en modo alguno puede el Tribunal sustituir los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviéndose un caso distinto del que fue sometido a su decisión». Doctrina suficientemente expresiva que conduce a la desestimación del motivo al estar vedado a esta Sala conocer de una acción que no fue debatida en la instancia y que trata de introducir una cuestión nueva en este extraordinario recurso»; Sentencia del Tribunal Supremo 508/1997, de 9 de junio, FJ. 1º, “[c]uando un hecho dañoso viola una obligación contractual -que debe resultar acreditada- y al mismo tiempo el deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades, de las que surgen las correspondientes acciones que, al ser distintas, han de ejercitarse alternativa o subsidiariamente y optando por una u otra. En el caso presente la recurrente ejercitó de forma bien decidida y especificada la acción extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, la que enjuició la sentencia recurrida. Al haber optado por ella no procede desplazar la cuestión al ámbito de la culpa contractual, conforme reiterada doctrina jurisprudencial (SS. 6 octubre 1992, 15 febrero 1993, 11 marzo 1996 y 7 abril 1997, entre otras)”; Sentencia del Tribunal Supremo número 461/2003, de 8 de mayo, FJ. 4º, “[d]e lo anterior se desprende la estimación del motivo primero de casación, al entender que se ha infringido el artículo 1101 del Código Civil si se considera la responsabilidad contractual, como se mantiene en la demanda, o el artículo 1902 del mismo código, si se considera extracontractual, como hacen las sentencias de instancia, ya que la sentencia objeto del recurso de casación ignora la culpabilidad que se desprende del resultado y no reconoce la responsabilidad del demandado”, Sentencia comentada en DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (2003), “SENTENCIA DE 8 DE MAYO 2003: Responsabilidad civil médica: aplicación de la doctrina del «daño desproporcionado». Nexo causal. Aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 63, Editorial Civitas, págs. 1191-1209.

<sup>545</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990, FJ. 2º, “«a la luz de la doctrina jurídica más generalizada, de los principios más coherentes de la deontología médica y del sentido común humanitario, se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en estado

Al igual que ocurre con los daños de carácter patrimonial, existen sentencias en las que el daño moral es apreciado conforme a la aplicación de la doctrina de la unidad de la culpa civil a la que nos hemos referido con anterioridad<sup>546</sup>.

Por lo demás, también se observa una predisposición de la jurisprudencia a admitir la indemnización de daños morales en aquellas situaciones en las que el paciente no ha poseído toda la información referente al tratamiento o intervención médica a la que había aceptado someterse, esto es, en aquellos casos en los que se aprecia una vulneración del derecho del paciente a conocer todos los riesgos implícitos en el tratamiento o la intervención que le será practicada en virtud del artículo 4.1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>547</sup>.

---

grave, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad de tipo penal o de tipo civil, pues comporta una violación de una obligación legal que puede configurar la omisión del deber de socorro tipificado como delito, deber de asistencia médica que ampara la seguridad personal ante situaciones extremas y que exige la solidaridad humana, como exponente de sentimientos que rigen la convivencia social y la repulsa del ente social de toda conducta omisiva o de rechazo de asistencia médica y hospitalaria, cuando cuenta con tales servicios médicos», pues revelan las convicciones y creencias de la comunidad y su expresa voluntad de elevar ese deber-derecho (según el lado del que se mire) a la categoría de norma jurídica plasmada en el art. 43 de la Constitución cuando reconoce «el derecho a la protección de la salud», que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de nuestra Norma Suprema), cuyo respeto obliga a entender que su conculcación produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen, extremo perfectamente incardinable en el art. 1902 del C. civil”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid número 79/2008, de 20 de mayo, FJ. 4º, “[p]or último y en cuanto a la responsabilidad civil y pecuniaria, nada cabe objetar a la condena que el juzgador, impone a los demandados, de reintegrar a la actora la suma satisfecha por el tratamiento de la zona del mentón (1.123,85 Euros) que por lo antes dicho resultó ineficaz, al no haber conseguido el resultado inicialmente ofertado y prometido, e igualmente nada cabe objetar a la necesidad de fijar una indemnización en favor de la actora que la compense del daño moral padecido por el sufrimiento y la frustración de verse sometida a un tratamiento tan prolongado con gastos y resultado fallido persistiendo el problema estético que pretendía eliminar”.

<sup>546</sup> A modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 394/2011, de 30 de septiembre, FJ. 3º, “el daño moral que indudablemente existió y existe pues la intervención quirúrgica con las consecuencias que comportó lleva consigo un permanente sufrimiento que presentó para la paciente terminar con su bocio multinodular y la osteoporosis por hiperparatiroidismo, y finalizó con la parálisis de ambas cuerdas vocales y la consiguiente traqueostomía; 100.000 euros por la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, a lo que se suman 320 euros de gastos médicos, 4.869,71 por gastos a la Seguridad Social y 15.180 euros por salarios a empleadas de hogar mientras permaneció en la situación de incapacidad temporal, todo ello con los intereses legales desde interposición judicial. Ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad médica ha de llegar hasta el donde alcance perjuicio, como toda responsabilidad contractual ex artículo 1.102 del Código Civil o extracontractual 1.900 del propio texto, desde la configuración jurisprudencial de la unidad de la culpa”.

<sup>547</sup> De esta opinión es LUNA YERGA, Á. (2005), “Mamoplastia fallida. Comentario a la STS, 1ª, 22.6.2004”, *Indret* 01/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 3, “[l]a facilitación de la prueba en la responsabilidad civil médico-sanitaria es patente en los supuestos de incumplimiento del deber de información, hoy regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En efecto, en los últimos 10 años Jueces y Magistrados

Mención aparte merecen los casos en los que tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales nacidos de una mala praxis sanitaria son valorados conforme al baremo para accidentes de automóviles. Como es sabido, antes de 2015 la jurisprudencia española ha permitido la utilización del baremo de accidentes de automóviles en situaciones que se encuentran fuera de su ámbito de actuación, siendo los daños sanitarios uno de estos casos. El Tribunal Supremo entendía que utilizando el instrumento del baremo de accidentes de automóviles los daños morales se encontraban comprendidos en las diferentes indemnizaciones que el baremo recogía, siendo únicamente indemnizables como un daño autónomo cuando se dieran los requisitos para poder apreciar la existencia de daños morales complementarios<sup>548</sup>.

---

recurren con frecuencia al incumplimiento del deber de información para fundar condenas por mala praxis médica en casos en que la negligencia de los demandados en la práctica de la intervención o tratamiento médico no hubiera podido ser acreditada. En ocasiones esta posible negligencia ni tan siquiera se discute y el incumplimiento del deber de información es la única cuestión debatida en el proceso”; entre la jurisprudencia existente podemos citar: Sentencia del Tribunal Supremo número 323/2011, de 13 de mayo, FJ. 2º, “[e]n el caso, es hecho probado de la sentencia que no hubo consentimiento para realizar la intervención que se le practicó. La intervención que se propuso, para lo que la paciente solicitó y obtuvo autorización de su compañía aseguradora, ASISA, fue para la intervención de una concreta patología consistente en comprobar un menisco dañado mediante artroscopia ("menisectomía artroscópica"). En ningún caso seccionar y extraer la plica mediales o interna y liberar el alerón o retináculo rotuliano externo, que es la que se llevó finalmente a cabo una vez comprobado que la operación programada era innecesaria por no estar afectado el menisco. Es decir, se produjo un cambio de cirugía en quirófano sin el consentimiento previo de la paciente que lo había dado para una intervención clínica distinta dentro de la cual autorizaba un posible cambio de la técnica quirúrgica empleada, que nada tiene que ver con una intervención diferente de la que había sido programada en razón de la patología que se detectó en el momento de la operación y no en la fase previa de diagnóstico, de la que no derivaba ningún riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo que pudiera justificarla. Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía. La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia”; Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, FJ. 5º, “en determinadas circunstancias la infracción de la obligación de obtener el consentimiento informado para la correspondiente actuación médica produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir”.

<sup>548</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo número 580/2009, de 20 de julio, FJ. 3º, “[l]a función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1106 y 1902 del Código Civil, y esta función es el resultado de una actividad de apreciación para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de sistemas objetivos, como el del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con el que se da el mismo trato indemnizatorio a las lesiones producidas en accidente de circulación que a las originadas por otra causa, con la consecuencia de que solo pueda ser revisada en casación si la determinación por el Tribunal "a quo" resulta manifiestamente errónea o ilógica (STS 14 de mayo 2008, y las que cita), lo que no ocurre en este caso, ya que desde la perspectiva de los hechos probados, y de la

---

aplicación del baremo, la cuantificación efectuada por la Sala, mediante el criterio que explica, resulta coherente, tanto por lo que se refiere a la aplicación de los factores de corrección por daño moral complementario y necesidad de ayuda de otra persona, con exclusión de la indemnización por permanente asistencia de una persona a su lado, pues tal concepto ya está indemnizado en el factor de corrección por lesiones permanentes -grandes inválidos con necesidad de ayuda de otra persona-, como por la adecuación de la vivienda a la grave situación en que ha quedado el menor, puesto que este daño no ha sido acreditado por quien lo reclama, tratándose de un factor de corrección que resulta no solo de la gran invalidez, sino de la prueba de los perjuicios referidos a la adaptación de la vivienda y al coste de las obras que se han de ejecutar en la misma, a cargo de la víctima, conforme al principio establecido en la actualidad por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”; Sentencia del Tribunal Supremo número 101/2011, de 4 de marzo, FJ. 3º, “[e]n este caso, el daño que indemniza la sentencia es exclusivamente el moral y lo cuantifica teniendo en cuenta la única secuela acreditada -incontinencia fecal moderada-, sin hacerla coincidir con la que resultaría de la gravedad y trascendencia de la misma, como si se hubiera causado directamente por una deficiente actuación médico-quirúrgica, puesto que se concreta a partir de una valoración discrecional de la compensación que corresponde al daño moral previa ponderación de aquellas circunstancias que la sentencia estima relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica: "la naturaleza de la secuela y el inevitable padecimiento de la demandante, sin olvidar la conducta pasiva que contribuyó a su agravación y que el baremo para la valoración de los daños corporales derivados de accidente de circulación le otorga una puntuación de 20 a 50 punto". Es decir, valora las distintas circunstancias que se han derivado de la intervención respecto de los bienes básicos de la paciente, en lo que más parece una fracción compensada del daño corporal que un daño moral: secuela, padecimiento, conducta de la propia paciente y valoración del daño consignado en el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículo a motor”; Sentencia del Tribunal Supremo número 906/2011, de 30 de noviembre, FJ. 3º, “[a]unque el principio de reparación íntegra comprende el resarcimiento de los daños morales y así se infiere del artículo 1.2 LRCSCVM, el cual define como daños y perjuicios determinantes de responsabilidad «[l]os daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales», por lo general, de aplicarse el sistema de valoración incorporado en la LRCSCVM, la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo, pues, como afirma la reciente STS de 19 de septiembre de 2011, RC n.º 1232/2008, su indemnización por separado solo es posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente. Este es el caso de los daños morales complementarios mencionados en la Tabla IV, cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos, respecto de los cuales ha dicho esta Sala que resultan compatibles con otros factores de corrección -siendo posible conceder indemnización por perjuicios económicos y por incapacidad permanente total o incluso por daños morales complementarios, por tratarse de tres factores de corrección, independientes y concurrentes entre sí-, dependiendo en todo caso su concesión de la concurrencia del supuesto fáctico que contempla la norma reguladora de cada factor ya que la falta de acreditación del supuesto de hecho normativo aboca a la no aplicación del factor corrector a que venga referido (SSTS de 20 de julio de 2009, RC n.º 173/2005 ; 9 de marzo de 2010, RC n.º 456/2006 y 29 de diciembre de 2010, RC n.º 1613/2007). En esta línea, la jurisprudencia fijada a partir de la STS de 25 de marzo de 2010, RC n.º 1741/2004, viene afirmando que la regulación del factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta demuestra que tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. Y según esa misma jurisprudencia, también el factor de corrección por perjuicios económicos cubre daños morales, si bien la falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el sistema de valoración descarta que los cubra únicamente y permite aceptar que en una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima aún cuando no sea su finalidad única, ni siquiera principal. Cuando la pretensión de daño moral comporta, en realidad, una reclamación por las ganancias dejadas de percibir (lucro cesante), su



Tras la entrada en vigor de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, como hemos indicado en apartados anteriores, se añade como novedad la autonomía de la indemnización del daño moral en el baremo, aunque se continúan desarrollando toda una serie de supuestos en los que cabe conceder indemnizaciones complementarias por daño moral. Además, la disposición adicional tercera de la Ley 35/2015 recoge que el contenido de esta norma servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio por los daños sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria. Todo ello nos permite concluir que con la reforma de 2015 el legislador ha pretendido favorecer que los tribunales continúen valiéndose de este medio para la fijación del *quantum* de las indemnizaciones por los daños originados por la actividad sanitaria, con independencia de la naturaleza de los mismos.

La aplicación del baremo de accidentes de automóviles a situaciones que escapan a su objeto de actuación, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, implica como beneficio para la víctima del daño que la discrecionalidad del órgano juzgador que enjuicie su caso será menor que sino se hiciera uso de este instrumento, teniendo de esta forma más posibilidades de ser indemnizada<sup>549</sup>. Sin embargo, por cuanto hemos visto anteriormente,

---

resarcimiento exige la acreditación de un lucro cesante futuro, en una proporción suficiente para estimar la existencia de un grave desequilibrio que pueda justificar la aplicación del factor de corrección por elementos correctores de aumento ante la concurrencia de circunstancias excepcionales, en los términos indicados por la doctrina sentada en la STS, Pleno, de 25 de marzo de 2010, RC n.º 1741/2004 . B) En aplicación de esta doctrina, fue conforme a Derecho la decisión de la AP de no conceder una indemnización complementaria (que el Juzgado sí concedió, en cuantía de 100 000 euros) por los daños morales reclamados porque, aceptada la aplicación del sistema legal de valoración previsto en el ámbito de la circulación, no cabe acoger una indemnización al margen del mismo, y con menor motivo, cuando el sistema ha demostrado contar con instrumentos suficientes para dar satisfacción al perjuicio moral acreditado”.

<sup>549</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2011), *Responsabilidad sanitaria y daño moral*, en GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., CANTERO MARTÍNEZ, J. (coordinadoras), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 557 y 558, “[a] diferencia de otros ámbitos, en los que es el propio legislador quien ha puesto precio de forma objetiva a este tipo de daños morales derivados de los corporales a través de un baremo indemnizatorio inclusivo de aquéllos, nada parecido existe en el sistema de responsabilidad médico-sanitaria. La tendencia jurisprudencial favorable a la utilización orientativa del baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor y la corriente doctrinal favorable al establecimiento de un baremo de cuantías por daños derivados de la actuación médico-sanitaria que acompañe al establecimiento del seguro obligatorio de responsabilidad civil impuesto por el artículo 46 de la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, presentaría el peligro de reproducir en el ámbito de la responsabilidad sanitaria los defectos de este sistema, (menoscabo de los principios de responsabilidad civil ilimitada e integridad en el resarcimiento del daño, al tratar de forma igual situaciones personales muy diferentes); pero siempre que se estableciera con carácter orientativo, conseguiría ciertas ventajas del mismo. En primer lugar, se obtendría una mayor cuota de seguridad jurídica y objetividad, habida cuenta de que en la actualidad, las cantidades que corresponden a los distintos conceptos se modulan por los Tribunales de forma genérica a través de la concurrencia de culpa del paciente en la producción del daño o en la agravación de secuelas, fijando finalmente el monto global que ha de satisfacer el demandado en una cantidad global discrecional carente de separación conceptual. Y en segundo lugar, se propiciaría la cobertura real de los profesionales sanitarios, que tras abonar la prima pactada en la póliza se encuentran con una situación de desprotección

aunque es positivo que la reforma de 2015 conceda un carácter autónomo a los daños extrapatrimoniales, el uso generalizado de este medio podría derivar en que determinadas situaciones quedaran sin resarcimiento.

Más concretamente, de aceptar el uso generalizado del baremo sería imposible apreciar, por ejemplo, que la vulneración del consentimiento informado del paciente pueda dar lugar a la existencia de daño moral, pero esta posibilidad, como hemos visto, sí es admitida por el Tribunal Supremo.

A nuestro juicio, la solución más adecuada para conseguir una mayor armonización en los criterios indemnizadores de los tribunales de instancia no pasa por extender el uso de los baremos a situaciones para las que no fueron pensados, ya que puede ser mayor el perjuicio causado a la víctima del daño que el beneficio que con ello se pretendía obtener.

Para finalizar este apartado, debemos entrar a valorar la posibilidad de exigir responsabilidad médica conforme al Texto Refundido de la Ley General Para la de Defensa de los Consumidores y Usuarios. A este respecto, la jurisprudencia entiende que si bien es cierto que la legislación de consumidores regula la responsabilidad por los daños acontecidos por los bienes y servicios recibidos, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos ya que éstos han de ser valorados conforme a los criterios de la *lex artis ad hoc* que exponíamos al comienzo de este epígrafe. Sin embargo, diferente caso sería la responsabilidad derivada de los aspectos organizativos ajenos a la actividad médica en sí. Al respecto, LUNA YERGA comenta que “conforme a la jurisprudencia y doctrina mayoritarias dicho régimen de responsabilidad resulta de aplicación exclusiva a los centros sanitarios en que fue prestada la asistencia sanitaria que, a la postre, causó un daño al paciente, mas no a los médicos o personal sanitario, cuya responsabilidad se examina con base en un estándar de diligencia”<sup>550</sup>.

---

prácticamente total, habida cuenta de que en estos contratos seguro se suele excluir expresamente la cobertura de la responsabilidad civil por los daños morales irrogados al paciente, que es precisamente la consideración que las decisiones judiciales otorgan a los daños patrimoniales que, por razones éticas o económicas, resultan difícil de cuantificar”.

<sup>550</sup> LUNA YERGA, Á. (2003), “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, 29.11.2002, ponente: *Xavier O’Callaghan Muñoz*”, *Indret* 02/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 9; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2007), “Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, pp. 55 y 56, “queda patente que por mucho que se afirme que el artículo 28 LGDCU somete a los servicios sanitarios a un sistema de responsabilidad objetivo, el precepto nunca ha sido utilizado por el Tribunal Supremo para atribuir responsabilidad sin hacer presente de alguna manera la culpa. En alguna rara ocasión ello se hace considerando probada la culpa y fundamentando la condena exclusivamente en el artículo 28 LGDCU. Esto último es lo que ocurrió en la STS 17-11-2004 (y en buena medida en la STS 7-10-2014), y a reserva de lo que después se diga de la relación entre los artículos 28 LGDCU y 1101, 1902 y 1903 CC, no me parece incorrecto: un fundamento de responsabilidad que permite atribuir responsabilidad sin culpa desde luego sirve para atribuirla si hay culpa. Normalmente, sin embargo, la conexión con la culpa pasa por declarar la aplicación de un fundamento de responsabilidad perfilado legalmente como subjetivo –arts. 1101, 1902 o 1903–”; Sentencia del Tribunal Supremo número 602/2008, de 20 de junio, FJ. 3º, “[l]o anterior debe completarse con la consideración de que esta Sala ha admitido

Aunque las sentencias del Tribunal Supremo que hemos analizado fueron dictadas conforme a la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no existe obstáculo para hacerlas extensivas al Texto Refundido actual, ya que como vienen afirmando las diferentes Audiencias Provinciales, el artículo 28 de la antigua Ley sobre el que el Tribunal Supremo asentaba las conclusiones señaladas se encuentra reflejado ahora en el artículo 148 del Texto Refundido<sup>551</sup>.

---

también la declaración de la responsabilidad de la Administración sanitaria con fundamento en las normas de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y, particularmente, con base en el artículo 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que, como asimismo se ha declarado con reiteración, debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar a los daños imputables directamente del acto médico (Sentencias de 5 de febrero de 2001, 5 de mayo SIC y 5 de diciembre de 2007, y las allí citadas)"; Sentencia del Tribunal Supremo número 12/2009, de 23 de enero, FJ. 4º, "la Ley de Consumidores y Usuarios establece la responsabilidad de quienes suministran o facilitan servicios a los consumidores o usuarios cuando no se acredite que han cumplido las exigencias reglamentarias y los cuidados exigidos por la naturaleza del servicio (artículo 26), y la responsabilidad por los daños originados por el uso de servicios que por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad (artículo 28 LCU), a cuyo régimen se consideran sometidos, entre otros, los servicios sanitarios. Ahora bien, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero; 22 de mayo y 4 de diciembre de 2007 y 20 de junio de 2008), con la precisión de que para que surja el régimen de responsabilidad basado en esta normativa específica, incluso en su modalidad de objetiva plena, es absolutamente necesario acreditar un daño o perjuicio causado al consumidor o destinatario final incluido en el ámbito de aplicación de la Ley, en directa relación de causalidad con la conducta que se imputa al agente".

<sup>551</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora número 240/2011, de 29 de julio, FJ. 2º, "[e]n este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido considerando que la responsabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, o por negligencias del personal dependiente del mismo, integra la responsabilidad sanitaria susceptible de ser incluida anteriormente en el régimen del art. 28 de la LGDCU de 1984, y que actualmente se contiene en el art. 148 del vigente Texto Refundido de dicha Ley y otras complementarias del año 2007, entendida como "responsabilidad de carácter objetivo que cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos de aquellos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario", niveles que se presuponen en los "servicios sanitarios" y que se mencionan en el citado art. 148, párrafo segundo, del TRLGDCU (SS 1/jul/97, 9/jun/98, 5/oct/99, 19/jun/2001, 31/ene/2003, 5/ene/2007), responsabilidad aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios en el marco de dicha relación de consumo, y que no afecta a los actos médicos propiamente dichos, a los que es inherente la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la "*lex artis ad hoc*" (SS 5/feb/2001, 4/feb/2002, 26/mar/2004, 5/ene/2007, 20/nov/2009), dando lugar a una indemnización de los daños causados cuando no se alcancen dichos resultados normalmente previsibles, de manera que el funcionamiento del servicio se produce de forma diferente a la que cabe esperar de él, sin que medie culpa del propio usuario, caso

### 6.2.8.2 La prueba en los daños médicos

Tras haber analizado el resarcimiento del daño moral cuyo origen se encuentra en negligencias o errores médicos, a continuación es necesario entrar a valorar las particularidades propias de los requisitos de prueba exigidos para el resarcimiento del posible daño ocasionado a un paciente y, más concretamente, las particularidades que presenta la carga de probar tales daños.

Como es sabido, la carga de la prueba varía según nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad contractual o de responsabilidad aquiliana. En el primer caso, corresponde al acreedor probar la existencia de la obligación y el daño derivado del incumplimiento, mientras que en las situaciones de responsabilidad extracontractual la jurisprudencia ha optado por invertir la carga de la prueba para de esta forma evitar al demandante el esfuerzo de tener que demostrar la culpa del demandado<sup>552</sup>, todo ello matizado por la

---

fortuito o fuerza mayor y desde luego cuando los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que pueda optar el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado o eficiente o con un servicio más completo”.

<sup>552</sup> Por todos, PANTALEÓN, F. (1991), p. 1023, “por reprochable al deudor que haya sido una falta de cumplimiento, no existirá responsabilidad contractual, si el incumplimiento, como a veces sucederá, no causa daño alguno al acreedor. Quizás convenga recordarlo, al mismo tiempo que se critican algunas aseveraciones de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984, que han tenido eco en la jurisprudencia posterior (SSTS 27 de junio 1984, 17 de enero de 1985, 5 de junio de 1985, 24 de septiembre de 1986, 30 de septiembre de 1989). En dicha sentencia puede leerse, con referencia a «la restrictiva y reiterada doctrina de esta Sala relativa a la necesidad de probar la producción efectiva de los daños y perjuicios cuya indemnización se postula, de acuerdo con la formulación jurisprudencial, también reiterada, de que el sólo incumplimiento contractual no es suficiente para sancionar el deber de indemnizar»”; GARCÍA RUBIO, M. P. (1991), *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, pp. 216 y 217, “la aparentemente radical diferencia entre ambos regímenes de carga de la prueba se encuentra en la actualidad bastante cuestionada. En primer término, porque en el campo contractual existe un tipo de obligaciones, concretamente las obligaciones de medios, en las que es el acreedor quien ha de probar la falta de la diligencia debida por parte del deudor. En segundo lugar, desde el campo aquiliano, porque las excepciones a las que hacíamos mención son cada vez más numerosas, al ser cada día más frecuentes las normas que imponen una responsabilidad de corte objetivo, al margen de cualquier consideración de culpa. Pero es que, además, en el ámbito tradicional donde opera la responsabilidad por culpa, existe desde hace varios años una jurisprudencia constante que, atendiendo a los imperativos de la nueva realidad socioeconómica, presume que el autor del daño ha incurrido en culpa y que a él corresponde desvirtuar esta presunción mediante la prueba de haber actuado con la diligencia debida. Esta consolidada tendencia no debe hacer olvidar, como recuerda el propio Tribunal Supremo, que nuestro sistema de responsabilidad extracontractual se asienta en la culpa, presupuesto del que no es posible prescindir con carácter general”; MONTÉS PENADÉS, V. (2001), “La responsabilidad por incumplimiento”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>o</sup>. R., VERDERA SERVER, R. (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 151, “corresponde al acreedor probar la existencia de la obligación y el estado de insatisfacción o lesión de un derecho de crédito. El deudor tendrá que probar los factores obstativos o impeditivos de la pretensión del acreedor, esto es, la existencia de caso fortuito (hecho impeditivo y carácter extraño a su círculo de control) o la presencia de otro factor de exoneración (p. ej., el hecho del acreedor)”; ROCA I TRIAS, E. (2001), “La responsabilidad civil extracontractual”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>o</sup>. R., VERDERA SERVER, R.

disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes tal y como indica el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, en las reclamaciones de daños producidos por profesional sanitario la jurisprudencia ha exigido que si el paciente quiere hacer efectiva su pretensión resarcitoria debe probar los perjuicios padecidos con independencia de si nos encontramos ante un daño contractual o extracontractual. Además, si la responsabilidad es contractual el paciente afectado tendrá que probar la existencia de la obligación y su incumplimiento<sup>553</sup>.

---

(coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 302, “el Tribunal Supremo inició una evolución que introdujo unos elementos correctores en la interpretación que deriva directamente del artículo 1902 CC. 1º Inversión de la carga de la prueba. No se obliga al demandante a probar que el demandado tenía la culpa de la lesión que el primero había sufrido, sino que obligaba al demandado a probar que él había adoptado las medidas necesarias para evitar la causación del daño: el demandado debe probar su diligencia para excluir la responsabilidad”; RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2011), “Comentario al art. 1104 CC”, en ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 119, “[s]e hace preciso distinguir aquí de nuevo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En esta última, siendo la culpa o negligencia un elemento del hecho constitutivo de la obligación, tal como establece el artículo 1902, habrá de ser en principio el perjudicado el que demuestre su existencia. Sin embargo, como es bien sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido haciendo surgir diferentes expedientes –inversión de la carga de la prueba, doctrina de la prueba aparente- para cargar sobre la otra parte la prueba de su diligencia”; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011), “Comentario al art. 1106 CC”, en ORDUÑA MORENO, J., PLAZA PENADÉS, J., RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 136, “[e]s reiterada nuestra jurisprudencia que advierte a los demandantes de una indemnización que el daño derivado del incumplimiento de las obligaciones ha de ser probado y su apreciación íntegra una cuestión de hecho que corresponde a la función soberana del órgano jurisdiccional de la instancia”.

<sup>553</sup> En este sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (1998), *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, pp. 259 y 260, “[s]e ha advertido que si el acreedor-paciente quiere hacer efectiva su pretensión resarcitoria, debe probar, junto a los perjuicios, la existencia de la obligación y el hecho del incumplimiento. Pues bien, situados en el hecho del incumplimiento y recordando que el médico se compromete a desempeñar una actuación diligente, aquél vendrá determinado por su culpa. A la luz de lo dicho, en la hipótesis de que el acreedor-paciente formule una reclamación contra el médico, tendrá que proporcionar, junto a la prueba de la obligación, la del incumplimiento o, lo que es lo mismo, la culpa del facultativo, así como los daños derivados de dicho incumplimiento. El anterior planteamiento ha sido el mayoritariamente acogido por la doctrina que ha abordado la cuestión, tanto en nuestro ámbito, como en el del Derecho comparado. Se pone así de manifiesto, que el contenido de la prueba del incumplimiento varía según cual sea el contenido de la prestación. Asimismo, este entendimiento permite reconocer que la infracción de la obligación puede ser distinta sin que ello determine una diversa aplicación de las normas sustantivas o procesales. Y a la misma conclusión se debe llegar en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, puesto que la evolución experimentada en este ámbito, en el sentido de presumir la culpa del agente, no ha tenido aplicación, como hemos apuntado, salvo casos muy excepcionales, en el campo de los profesionales de la Medicina. Consecuentemente, el actor, en tal hipótesis, tendrá que probar la culpa del demandado”; LARENA BELDARRAIN, J. (2012), “El proceso por responsabilidad civil médica: consideraciones en materia probatoria”, en MONJE BALMASEDA, Ó. (coordinador), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (el contenido reparador del consentimiento informado)*, Dykinson, S. L., Madrid, p. 305, “en lo que al profesional sanitario se refiere,

El Tribunal Supremo entiende que si se admitiese la inversión de la carga de la prueba en estos supuestos nos encontraríamos ante una responsabilidad objetiva del personal sanitario, responsabilidad que, como hemos visto, debe rechazarse, pues la actuación médica ha de estar supeditada únicamente a la *lex artis ad hoc* lo que exige del paciente la demostración de existencia de culpa y de nexo de causalidad entre la actuación del profesional sanitario y el daño ocasionado.

Como excepción, encontramos aquellas situaciones en las que exista un resultado desproporcionado o que constituyan supuestos de medicina voluntaria. En estos casos, el Tribunal Supremo suaviza la carga de la prueba que recae sobre el paciente al considerar que estos supuestos no deben verse afectados por el criterio de imputación recogido en el artículo 1902, buscándose con ello proteger de una manera más efectiva a la víctima del daño<sup>554</sup>.

---

ha dado lugar a una amplísima doctrina jurisprudencial que, como nota más destacable, ha establecido un criterio específico en materia de carga de la prueba distinto del seguido en el campo general de la responsabilidad extracontractual, asimilando más bien a la de origen contractual aquella en la que eventualmente pudiesen incurrir dichos facultativos"; LÓPEZ VALVERDE, M. (2014), *La responsabilidad civil médica. Evolución de la jurisprudencia desde el año 2009*, Sepín, Madrid, p. 231, "[e]n el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo".

<sup>554</sup> Como muestra de lo indicado, Sentencia del Tribunal Supremo número 922/2005, de 24 de noviembre, FJ. 6º, "[c]on reiteración, este Tribunal, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LECiv), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios. De esa forma, a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputación en virtud del artículo 1902 CC, se basa, como no podía ser de otra forma, en el reproche culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo -*lex artis ad hoc*- (SSTS 15 febrero 1995; 23 marzo 2001; 4 febrero 2002; 23 sep 2004); razón por la que habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (SSTS 26 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20 y 23 de marzo 2001), al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 13 de julio 1987)"; Sobre estas posibles excepciones, PANTALEÓN, F. (1993), "Comentario al art. 1902 del CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, p. 1983, "[l]a prueba de la relación de causalidad corresponde al dañado demandante (art. 1214 CC; p. ej. STS 11-XII-79 y 10-V-89). Es sin

Consideramos que en las situaciones en las que se haya originado por el profesional sanitario un resultado desproporcionado no deben existir impedimentos para que los tribunales faciliten la labor probatoria a quien haya tenido que sufrir este trance<sup>555</sup>. Sin embargo, en lo que respecta a las situaciones de medicina voluntaria un sector de la doctrina considera que esta postura implica que se incurra en la diferenciación entre contrato de obra y de arrendamiento de servicios que comentábamos en páginas anteriores, lo que a su vez propicia una excesiva protección de los profesionales de la medicina frente a sus pacientes, pues en función de que nos encontremos ante uno u otro tipo de contrato la carga de la prueba recaerá sobre una u otra parte y ello sin mencionar que gran cantidad los casos de daños producidos en el sector sanitario son enjuiciados como supuestos de responsabilidad extracontractual<sup>556</sup>.

---

duda admisible la prueba de presunciones (v. la muy importante STS 2.<sup>a</sup> 12-V-86; y comp. la muy generosa STS 28-II-75 con la STS 9-VII-85). Pero no cabe sostener con carácter general que, constatada la creación por el demandado de un riesgo de producción del evento dañoso acaecido, le corresponde a él la prueba de la que fue otra causa la que en verdad lo produjo (en contra, STS 17-III-78, com. por ROGEL VIDE, en ADC 1979, pp. 267-280; también STS 8-VII-88). Para garantizar la «igualdad de armas» en el proceso, puede admitirse excepcionalmente una inversión de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad de médicos y otros profesionales semejantes, atendiendo el carácter más o menos impenetrable y opaco de su actividad profesional: una vez constatado que existió un tratamiento defectuoso, capaz de producir resultados dañosos como el acaecido, corresponderá al demandado demostrar que fue otra la causa que lo produjo”.

<sup>555</sup> SEIJAS QUINTANA, J. A. (2010), p. 174, “[l]a doctrina del resultado desproporcionado o enorme hace referencia al resultado clamoroso inexplicado o inexplicable. No comporta en sentido propio un criterio de imputación por responsabilidad objetiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal. El daño desproporcionado es aquel no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional del médico al que se obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria dada la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia de omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado, como con reiteración ha declarado el Tribunal Supremo, incide en la atribución causal y en reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa”.

<sup>556</sup> DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (1996), pp. 79, 80, 81, 82 y 83, “[t]odo el mecanismo que se halla bajo la distinción mencionada y que, a simple vista, puede parecer sujeto a pocas críticas, es susceptible de ser fuertemente cuestionado por varias razones. En primer lugar, porque el Código Civil no recoge la distinción. En Derecho italiano ALPA critica la citada clasificación de las obligaciones observando que no está fundada sobre ningún «referente» normativo de carácter general. En segundo lugar, porque esta teoría solamente cabría ser sostenida en sede de responsabilidad contractual, pero no cuando estemos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual, vía por la que se ventilan gran parte de los supuestos. Ni siquiera la doctrina que se ha esforzado más en apuntar las diferencias existentes entre responsabilidad contractual y extracontractual ha presentado como criterio distintivo ambos tipos de responsabilidad la mencionada clasificación de las obligaciones. La conclusión, por tanto, se traduce en una exigua, si no nula, incidencia de la distinción de las obligaciones, ya que ésta no serviría de criterio para diversificar el régimen y efectos –sobre todo en el tema de la prueba– de la responsabilidad extracontractual. De lo contrario la doctrina habría incidido con mayor rigor en aquella distinción para diferenciar, desde un punto de vista práctico, la responsabilidad contractual de la extracontractual. En tercer lugar, la distinción es insostenible por el propio subjetivismo y arbitrariedad a la hora de considerar

Por lo que se refiere al daño moral, es posible afirmar que éste no supone una excepción a los requisitos exigidos por nuestros tribunales en lo relativo a la carga de la prueba. Un ejemplo de lo dicho se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de julio de 2000, la cual establece que es doctrina jurisprudencial reiterada aquella que para estimar la responsabilidad médico sanitaria, con independencia de que la misma tenga su origen en un contrato (que, salvo excepciones, es clasificado como de prestación de servicios) o en el principio *alterum non laedere* (artículo 1902 CC), es preciso que la parte actora acredite el nexo de causalidad entre la negligencia médica y la producción del daño moral. Sin embargo, en esta misma Sentencia se reconoce que el profesional demandado se encuentra en una mejor posición que la parte actora a la hora de probar el daño, por lo que tendrá que ser este profesional quien acredite en situaciones “no naturales” la carencia de negligencia en las acciones médicas que se desarrollaron<sup>557</sup>.

---

un supuesto incluido en uno u otro tipo de obligación. No olvidemos que el avance científico y tecnológico iría «convirtiendo» progresivamente las obligaciones de medios en obligaciones de resultado, por la mayor seguridad o disminución de la aleatoriedad que se produciría en la consecución del resultado”; VAQUERO PINTO, M. J. (2009), p. 3569, “[e]l recurso de la dicotomía obligaciones de medio/resultado, empleado por la doctrina y jurisprudencia para reconducir los distintos contratos de servicios al arrendamiento de servicios (obligación de medios) o al contrato de obra (obligación de resultado), parece haber funcionado a modo de excusa para dejar a cubierto a los profesionales de la medicina de la inversión de la carga de la prueba de la culpa al descartarse, en presencia de una obligación de medios, la idea de culpa más o menos objetivada”.

<sup>557</sup> Sentencia número 719/2000 de 21 de julio de la Audiencia Provincial de Vizcaya, FJS. 2º y 3º: “SEGUNDO. Delimitado el objeto de la presente resolución en el fundamento de Derecho precedente, esta Sala asume plenamente el análisis que la sentencia de instancia realiza en el Fundamento de Derecho Quinto acerca del alcance y del sentido de la responsabilidad médica sanitaria. Y así, es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 1ª 22 de abril, 9, 20 y 24 de junio y 2 de diciembre de 1997, entre otras), aquella que estima que la responsabilidad médico sanitaria, hecha abstracción de la derivada de un delito, tanto si procede de contrato (responsabilidad contractual, vínculo que, en principio, es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología, o vasectomía) y que exige que se esté ante un incumplimiento de los límites de lo pactado (art. 1101 Código Civil); como si deriva de una relación extracontractual, pues el profesional no ha contratado con la víctima (ej. médico dependiente del Insalud...), y cuya responsabilidad nace del principio «*alterum non laedere*» (arts. 1902 y concordantes del Código Civil) se considera como una obligación de actividad o de medios, no de resultado, esto es no se garantiza la consecución de la salud del paciente, sino la prestación del servicio más adecuado para ello, concretamente la utilización de los métodos conocidos por la ciencia médica actual en relación con el enfermo concreto, la información al paciente, y en su caso, a sus familiares, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos de la afección y la continuación de los servicios hasta la consecución del alta, que no necesariamente conlleva la curación, todo ello en función de la «*lex artis ad hoc*», que supone la exigencia de una diligencia superior a la genérica del buen padre de familia (art. 1104 CC). Si esto es así, al no tratarse de una obligación de resultado, cuya no obtención genera el incumplimiento en sí, sino de medios ello supone que el obligado cumple en la realización de la conducta diligente, aunque el resultado (recuperación de la salud) no llegue a darse, de manera que para que pueda hablarse de incumplimiento será preciso que la parte actora, pues en esta materia no se da una responsabilidad objetiva ni una inversión de la carga de la prueba, acredite una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, que dé lugar a la producción del daño y existiendo entre ambas la oportuna relación de causalidad. Ahora bien, en materia de prueba no debe olvidarse la mejor posición que ocupan, frente a la propia víctima, ajena al entorno médico, los profesionales demandados en cuyo poder se encuentran, muchas veces, los datos del caso, de suerte que serán ellos los que deberán acreditar en



situaciones derivadas de complicaciones no naturales, su no negligencia (SSTS 1ª 2 de diciembre de 1996 y 1 de julio de 1997, entre otras). TERCERO. Por el contrario, esta Sala estima que debe acogerse el segundo motivo de impugnación relativo al anormal funcionamiento del Servicio de Anatomía Patológica del Hospital de Basurto de Bilbao, que conllevó a la denegación del derecho de información y colaboración médico-sanitaria con los padres del menor Manuel E. H., los aquí demandantes-apelantes, causándoles un daño moral que esta Sala cuantifica en la cantidad de 500.000 ptas. por las dificultades y contrariedades que se les causó en cuanto a la obstrucción que padecieron en la pretensión de obtener una muestra de parafina de la biopsia del tumor cerebral de su hijo Manuel, a los efectos de efectuar nuevos estudios anatomopatológicos”; Sentencia número 84/2000 de 9 de febrero de la Audiencia Provincial de Granada, FJS. 4º y 6º: “CUARTO. En la actuación del personal sanitario no se produce la denominada responsabilidad por riesgo cuya consecuencia más inmediata es la inversión de la carga de la prueba, y ello porque no concurren en estos casos el fundamento de aquélla, cual es la responsabilidad cuasi objetiva como contrapartida del beneficio que se obtiene de la actividad desplegada. Así, la STS de 8-10-1992, señala que es imprescindible demostrar como hecho probado la imputabilidad de una acción positiva u omisiva con perfiles culpabilísticos. En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, debiendo el paciente acreditar el nexo causal y la culpa (doctrina ya consolidada en Sentencias de 7-6-1988, 7 y 12-2-1990). En parecido sentido la STS de 13-10-1992 que establece que el personal sanitario tiene como obligación no la de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia (STS 2-2-1993). En el segundo de aquellos supuestos también es homogénea la doctrina legal acerca de la responsabilidad directa del ente hospitalario cuando falten los medios curativos necesarios. Así la STS de 9-6-1997 indica: «dentro del ámbito hospitalario, no cabe negar que, al margen de una posible culpa *“in vigilando”* o *“in eligiendo”* la responsabilidad directa sería atribuible cuando se acreditase de forma clara y contundente una escasez de medios», o sea, la falta de los elementos adecuados (instrumental, medicamentos...) para la clase de operación o tratamiento requerido, según se puntualizó en la S. 13 octubre 1995. De igual modo la STS de 2-12-1996 tiene declarado: «asimismo, debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuado según la *“lex artis ad hoc”*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización». SEXTO. Dicho lo anterior, hemos de concluir que ninguna duda existe de que el elemento del daño o el perjuicio ha acaecido en el caso de autos, y además, de qué manera. Es cierto que no se ha acreditado la presencia de secuelas físicas derivadas del tratamiento recibido, así como las tentativas de suicidio que se dice ocurrieron. Sin embargo, es difícil encontrar un caso en el que el daño moral puede ser más acentuado, solamente la reflexión sobre la pendencia de la condena de muerte, que supone la enfermedad durante los casi cuatro años que se mantuvo la equivocada situación nos lleva a los límites más insospechados del daño moral que pudo padecer el accionante. A esto ha de unírsele la sustancial modificación de los hábitos y la tremenda limitación que en la vida íntima y en las relaciones familiares sufrió el cambio en la vida de relación social y laboral, que le obligó al cambio en el puesto de trabajo que hasta entonces desempeñaba, sobre todo en la época en que sucedieron los hechos en que, por la precaria información, las personas infestadas por el virus estaban señaladas con un auténtico estigma social que los alienaba y aislaba del mundo que compartían. Por último, tal presión y angustia psíquica todavía permanece ante los periódicos episodios de inestabilidad psicológica que aún se presentan. También ha de ser valorado el riesgo que supuso el suministro gratuito durante varios años del medicamento retroviral con efectos secundarios tan importantes para una enfermedad inexistente, aunque no se derivara de ello ninguna secuela. En consecuencia, a la vista de tales circunstancias y de la edad que tenía el perjudicado en aquel momento (poco más de cuarenta años) parece adecuado cuantificar dichos daños en la suma de 20.000.000 de ptas”.

Pese a que parece claro que en las reclamaciones por daños médicos la carga de la prueba recae sobre el afectado, como manifiesta DE ÁNGEL YÁGÜEZ<sup>558</sup>, cada vez es mayor la tendencia a flexibilizar esta exigencia, especialmente en aquellos supuestos en los que el paciente no ha sido informado correctamente por el personal sanitario sobre el desarrollo de la intervención médica y sus posibles resultados, siendo además esta falta de información (tal y como vimos en el anterior apartado) uno de los casos donde nuestros tribunales se muestran tendentes a la estimación del daño moral. El Tribunal Supremo aclara en múltiples sentencias que la información al paciente constituye un elemento esencial de la *lex artis* al formar parte de la obligación de medios asumida por el médico. Debido a que la falta de información priva al paciente de la facultad de decidir sobre la procedencia del tratamiento al que puede someterse, el Tribunal Supremo exige que sean los profesionales sanitarios quienes prueben que informaron correctamente al paciente afectado<sup>559</sup>.

---

<sup>558</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1999), *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, p. 239, "en los últimos años se encuentra una creciente tendencia jurisprudencial a aplicar mitigaciones al principio de que incumbe al demandante la prueba de la culpa del médico"; en el mismo sentido, GALÁN CORTÉS, J. C. (2011), "Consentimiento informado", en GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., CANTERO MARTÍNEZ, J. (coordinadoras), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 381, "[e]s unánime en la doctrina y la jurisprudencia la consideración de que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente, y ello basándose no sólo en la previsión legal *ad hoc*, sino también en su situación de primacía".

<sup>559</sup> Como ejemplos, podemos citar: Sentencia del Tribunal Supremo número 1197/2007 de 23 de noviembre, FJS. 3º y 4º: "TERCERO. En el caso examinado concurren diversas circunstancias que llevan a esta Sala a estimar que la falta de información se produjo: 1ª No consta que se hubiera o no proporcionado la información sobre las posibilidades de diagnóstico en su embarazo, que debía ser calificado de riesgo, dada la edad de la embarazada. 2ª La jurisprudencia es unánime en considerar que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente y ello basándose no sólo en las disposiciones legales, sino también en el criterio de la primacía y así se declara en las sentencias de 25 abril 1994, 31 julio 1996, 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998, 19 abril 1999, 26 septiembre 2000, 12 enero y 27 abril 2001, 29 mayo y 8 septiembre 2003, 7 abril y 29 octubre 2004, 29 septiembre 2005, 15 mayo y 26 junio 2006, 6, 19 y 29 junio 2007, 19 julio 2007, etc. 3ª La edad de la embarazada, 43 años, era indicativa de un embarazo de riesgo, a lo que debe acompañarse la circunstancia de haberlo puesto de relieve la propia Sra. Leonor en la primera visita realizada. 4ª La información requerida tiene como finalidad proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a la vista de las características de su embarazo. Como afirma la sentencia de 6 julio 2007, "la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la «*lex artis*» y como tal forma parte de toda actuación esencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico", de modo que la falta de información "no es irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, puesto que se le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada". En el presente procedimiento no se ha probado, por quien debía hacerlo, los médicos que atendieron el embarazo, que se hubiese proporcionado información sobre las consecuencias y pruebas posibles en el embarazo de la demandante Dª Leonor. Por ello, se debe considerar vulnerado su derecho a la información y en consecuencia, deben estimarse los dos primeros motivos. La estimación de estos dos motivos exime a la Sala de entrar a examinar los motivos tercero y cuarto del presente recurso. CUARTO. La estimación de estos dos motivos obliga a esta Sala a asumir la instancia y en lo que se refiere

---

al daño objeto de indemnización, debe afirmarse lo siguiente: 1º El daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones. 2º Debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 junio 1998, que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo (así mismo STS de 19 junio 2007). 3º Ciertamente resulta difícil la cuantificación del daño moral en estos casos, aunque puede resultar de la necesaria adaptación de los padres a la nueva situación personal y familiar y económica y como afirma la sentencia de 21 diciembre 2005, "a la atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por Síndrome de Down". Por todo ello, se considera adecuada la indemnización que se pide en la demanda, es decir, cinco millones de pesetas para cada progenitor (30.050,61 euros). 4º La falta de información que produce el daño por el que se reclama sólo puede imputarse a aquellos profesionales que atendieron a la recurrente Dª Leonor en el período en que se podían tomar decisiones acerca de la continuación o no del embarazo; por tanto, debe absolverse a los médicos D. Federico, que la atendió en la semana treinta del embarazo, y D. Luis Manuel que lo hizo en la semana 23 y cinco días. La falta de información que se produjo en aquel momento no afecta para nada al derecho de información en el sentido de permitir la decisión sobre el sometimiento a determinadas pruebas para conocer el diagnóstico prenatal y optar por la solución más adecuada a sus intereses. Por todo ello los demandados D. Pedro Enrique, D. Oscar y D. Víctor Manuel responderán solidariamente", Sentencia comentada en MÉNDEZ SERRANO, M. M. (2008), "Sentencia de 23 de noviembre de 2007: Responsabilidad por omisión del deber de información del profesional sanitario. Posibilidad de utilización de técnicas preventivas por edad avanzada en el estado de gestación. Daño moral a los padres por la falta de información. Inexistencia de daño a la menor por el mero nacimiento", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 77, págs. 853-865; Sentencia del Tribunal Supremo número 101/2011 de 4 de marzo, FJ. 3º: "Cosa distinta son los efectos que producen esa falta de consentimiento informado, con independencia de que la intervención médica se realice correctamente, como pretensión autónoma que tiene como fundamento un daño y que este sea consecuencia del acto médico no informado. Sin daño no hay responsabilidad alguna. "La falta de información, dice la sentencia de 27 de septiembre de 2001, y reiteran la de 10 de mayo de 2006 y 23 de octubre de 2008, no es per se una causa de resarcimiento pecuniario", lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica; doctrina que se reitera en la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la que la falta de información no es per se una causa de resarcimiento pecuniario, salvo que haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido (STS 9 de marzo de 2010). Los efectos que origina la falta de información están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (-cicatriz queloidea-; 10 de mayo 2006 -ostecondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero 2004 -corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre 2006 - artrodesis-; 15 de noviembre 2006 - litotricia extracorpórea-; 27 de septiembre 2010 - abdominoplastia-; 30 de junio 2009 - implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio 2008 -extirpación de tumor vesical-); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre 2009 -Vitrecomía-); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero 2009 - cifoescoliosis-; -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre 2005 y 23 de noviembre 2007 -síndrome de down-). Todas estas circunstancias plantean un doble problema: en primer lugar, de identificación

Aunque es cierto que optar por la inversión de la carga de la prueba en todas las reclamaciones de daños médicos de manera análoga a como se realiza comúnmente para las situaciones de responsabilidad aquiliana podría condicionar de modo negativo la actuación o la voluntad del profesional sanitario, también es cierto que imponer sistemáticamente la obligación de probar el daño al paciente afectado supone una carga más para éste que ya de por sí se encuentra en situación de inferioridad tanto por los daños sufridos como por el corporativismo ante el que puede tener que enfrentarse, ya que frecuentemente el paciente deberá acudir a otro profesional sanitario para poder obtener la prueba necesaria.

---

del daño: corporal, moral y patrimonial; en segundo, de cuantificación de la suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente: (i) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir esta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención. (ii) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad. (iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada; posibilidades de fracaso)”; Sentencia del Tribunal Supremo número 828/2003, de 8 de septiembre, FJ. 2º “[e]n efecto, las dudas o incertidumbres que haya generado la insuficiencia de prueba del consentimiento no pueden perjudicar a la parte que no tiene la carga de la prueba, sino justamente a la contraria, no otra que el demandado. Como explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1998, esta Sala mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario. En el mismo sentido, la de 28 de diciembre de 1998, hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. Igualmente, la Sentencia de 19 de abril de 1999, repite tal criterio y, por último, la de 7 de marzo de 2000, lo imputa al Servicio Nacional de la Salud”; Sentencia del Tribunal Supremo número 481/2006, de 18 de mayo, FJ. 3º “esta Sala mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario. En el mismo sentido, la de 28 de diciembre de 1998, hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. Igualmente, la sentencia de 19 de abril de 1999, repite tal criterio y, por último, la de 7 de marzo de 2000 y 2 de julio 2002, lo imputa al Servicio Nacional de la Salud», resaltando la sentencia de 29 de octubre de 2004 la especial intensidad de ese deber precisamente en los casos de medicina no estrictamente necesaria, con cita de las sentencias de 28 de junio de 1997, 27 de abril de 2001 y 22 de julio de 2003; todo ello al margen de que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de poner a su cargo una prueba que pudiera calificarse de perversa, y como tal contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, y de que la propia jurisprudencia ha ido suavizando los criterios sobre la carga de la prueba en función de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, en la forma que hoy recoge el artículo 217 de la LECiv 1/2000”, Sentencia comentada en MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2007), “SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2006: Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down. El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba. Wrongful birth y wrongful life”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 73, Editorial Civitas, págs. 517-544.

Por ello valoramos muy positivamente los “indicios de flexibilización” que están naciendo en las resoluciones del Tribunal Supremo a este respecto, bien por la gravedad del asunto o bien porque nos encontremos ante una obligación de resultado, usando para ello el mecanismo que la Ley de Enjuiciamiento Civil le otorga en su artículo 217<sup>560</sup>. Aun así entendemos que debe continuarse evolucionando en este aspecto pues el contenido del concepto *lex artis ad hoc* exigido a los profesionales sanitarios por la jurisprudencia debe desarrollarse de forma paralela a la ciencia médica. Si cada vez es mayor la calidad y el número de los medios médicos disponibles, parece lógico que con el paso del tiempo la diligencia exigida al profesional sanitario sea mayor y por consiguiente que esa “especial protección” otorgada por nuestros tribunales al exigir la carga de la prueba al paciente afectado deba ir disminuyendo paulatinamente, especialmente en aquellas situaciones en las que la propia naturaleza del daño sufrido (como es el caso de los daños extrapatrimoniales) dificulte de por sí su prueba al paciente.

### 6.2.8.3 Vías de reclamación: sanidad pública

Debido a que gran parte del servicio médico en España es prestado por las diferentes Administraciones autonómicas, hemos considerado oportuno hacer referencia a la estimación y resarcimiento de daños sanitarios cuando derivan de la actuación profesional de un trabajador perteneciente a un servicio público de salud.

Como es sabido, con anterioridad a la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la competencia para conocer de los daños ocasionados por los servicios públicos de salud era motivo de conflicto entre las jurisdicciones civil, social y contencioso-administrativa. Tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, cuando el daño es producido por el personal perteneciente a una Administración Pública sus artículos 139 y 144 establecen (como ya analizamos de forma detallada en el apartado correspondiente al daño moral por incumplimiento de servicios funerarios) que los particulares tienen derecho a ser resarcidos de las lesiones que padezcan como consecuencia de la actividad de una Administración y que cuando las Administraciones actúen en relaciones de derecho privado responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio (artículos que, recordemos, serán sustituidos por los artículos 32 y 35 de la Ley 40/2015).

---

<sup>560</sup> DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (2004), “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, *Indret* 1/2004 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 7, “no será posible dudar de la existencia de “relación de causalidad” en los casos donde el daño consiste en la extirpación equivocada de una pieza dentaria, o en aquellos en los que queda verificado que las consecuencias nocivas proceden del olvido de material quirúrgico en el cuerpo del paciente por parte de los profesionales sanitarios –fíjese que los ejemplos son casos evidentes de funcionamiento anormal del servicio sanitario-. Ahora bien, las dudas sobrevendrán en otra serie de casos, mucho más controvertidos, sobre todo si encajan dentro de la consideración de funcionamiento “normal” del servicio sanitario o, a lo sumo, se acercan en mayor o menor medida a dicha conceptualización”.

A todo esto debemos sumar el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, donde se establece que la responsabilidad patrimonial de la Administración, con independencia de la naturaleza de la actividad de la que derive ésta, deberá ser tramitada por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Y por si no fuera suficiente el contenido de los artículos indicados para dilucidar cualquier duda referente a la vía procesal pertinente para reclamar los daños producidos por el personal de la sanidad pública, la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992 (que será sustituida por la disposición adicional decimotercera de la Ley 40/2015, cuyo texto es más escueto al eliminar la referencia expresa a los “daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria”, y que opta además por diferenciar el régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, de participación en la gestión y la asistencia jurídica, que será el establecido por su legislación específica y por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria en las materias que le sea de aplicación) confirma que la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social por los daños causados con ocasión a la asistencia sanitaria seguirán la tramitación prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo.

Todo lo mencionado ha llevado a la mayoría de la doctrina a sostener que el orden competente para conocer de la responsabilidad derivada de una actuación negligente del personal perteneciente a la sanidad pública es el orden contencioso-administrativo, incluso en aquellos supuestos en los que nos encontramos con una tercera parte responsable del daño acontecido y que no ostenta la condición de Administración o de personal perteneciente a ella<sup>561</sup>.

Asimismo, el Tribunal Supremo procede a valorar el resarcimiento de daños producidos por el personal perteneciente a los diferentes servicios públicos de salud en el ejercicio de sus funciones a través de los artículos 139 y 144 de la Ley 30/1992 (recuérdese, que serán

---

<sup>561</sup> A modo de ejemplo, GAMERO CASADO, E. (1997), *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Navarra, pp. 198 y 199, “[l]a doctrina científica (no sólo administrativa, sino también civil y laboral) se ha pronunciado masivamente en favor de reconocer la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad administrativa extracontractual derivada de la prestación deficiente de asistencia sanitaria. También el Defensor del Pueblo parece haberse pronunciado en favor de esta interpretación. El principal argumento que sostiene la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ya ha sido analizado anteriormente: consiste en recordar que la responsabilidad administrativa extracontractual constituye una materia específica, que se encuentra regulada conforme a sus propios principios y reglas de aplicación”; BONILLA SÁNCHEZ, J. J. (2004), *La responsabilidad médica extracontractual*, Ediciones Laborum, Murcia, p. 242, “[t]ras la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/98, de 13 de julio), afirma ser ella la única competente para conocer las cuestiones suscitadas en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órganos jurisdiccionales civil o social, (art. 2, e) LJCA.) Si en la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante éste orden jurisdiccional (art. 9.4 LOPJ, redactado por L.O. 6/98, de 13 de julio)”.

sustituidos por los arts. 32 y 35 Ley 40/2015), incluso en aquellos casos en los que hay un tercer responsable ajeno a la actividad sanitaria pública (generalmente una compañía aseguradora). Como excepción al común de los supuestos de responsabilidad de las Administraciones en sus relaciones con particulares, la Sala tercera del Alto Tribunal entiende (al igual que sostiene la Sala primera) que en las situaciones de responsabilidad sanitaria no podemos hablar de una responsabilidad objetiva de la Administración ya que las actuaciones médicas han de ser valoradas conforme a la *lex artis ad hoc*.

Por ello, podemos afirmar que los criterios evaluadores de la responsabilidad médica no varían de manera sustancial entre las Salas primera y tercera, así como los criterios referentes a la fijación de las cuantías de las indemnizaciones que correspondan, siendo también común el uso por la Sala tercera del Baremo de Accidentes de Automóviles y el entender que la vulneración del derecho a la información que posee todo paciente puede derivar en daño moral<sup>562</sup>.

---

<sup>562</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005, FJ. 6º, “[d]escartada por tanto la indemnización de ese modo exigida, sin embargo la Sala si va a fijar una indemnización por daño moral a la recurrente por la falta de consentimiento informado. Ya quedó claro en su momento puesto que de modo expreso la Inspección Médica así lo reconoció, que no hubo consentimiento informado a la paciente, que se vio así privada de decidir libre y voluntariamente la actitud a adoptar una vez conocidos los riesgos y las ventajas que para su salud había de comportar la intervención quirúrgica a la que iba a someterse. Como ya anticipamos esa falta de consentimiento constituye una infracción a la *lex artis ad hoc* en el servicio público sanitario, y ha de ser indemnizada cuando no habiéndose cumplido, y llevada a cabo la intervención se produce, como en este caso, el resultado que nos es conocido. Atendidas las circunstancias concurrentes la Sala fija como cantidad a indemnizar por esa falta, y a su prudente arbitrio, la suma de veinte millones de pesetas. Como es fácil entender no se indemniza en este supuesto el daño moral dos veces por los mismos hechos. El baremo reconoce una cantidad como daño moral complementario por las lesiones sufridas que la Sala aceptó, mientras que ahora se indemniza el daño moral que comporta la falta de consentimiento informado que la Administración tenía la obligación de cumplir y que omitió”; Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004, FJ. 5º, “[e]n este punto el motivo citando el Art. 141 de la Ley 30/1992, se refiere a la reparación integral del daño y afirma como anticipamos, que hubo un mal funcionamiento del servicio por falta de información al no haberse respetado los necesarios criterios de razonabilidad y ponderación concediéndose unas cantidades a todas luces insuficientes”; Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011, FJ. 5º “[a]unque la cuestión principal que analiza la Sala de instancia en su sentencia, sustentando o dando lugar a su pronunciamiento, nada o poco tiene que ver con la necesidad de precisar la naturaleza jurídica, objetiva o no, de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aquel epígrafe y aquel inicio nos obligan a recordar que nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la *lex artis*". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".

#### 6.2.8.4 Daño moral por incumplimiento de contrato de servicios médicos en los casos *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*

Entre los contratos de servicios médicos hemos considerado oportuno realizar una mención expresa a aquellas situaciones en las que una negligencia médica implique un embarazo no deseado o que la opción de abortar de la mujer embarazada se vea erróneamente condicionada, lo que ha sido conocido por la doctrina como *wrongful conception* y *wrongful birth*. Más concretamente, el término *wrongful conception*<sup>563</sup> engloba todas aquellas situaciones en las que se origina una concepción no deseada por el fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas, mientras que el concepto *wrongful Birth*<sup>564</sup> se refiere a aquellas situaciones en las que se produce el nacimiento de un niño con malformaciones detectables durante el embarazo de las que si se hubiera informado correctamente a los progenitores podrían haberse planteado la opción de abortar. En estrecha relación con las dos acciones mencionadas se encuentra además la acción *wrongful life*, que englobaría las posibles reclamaciones de los hijos nacidos con enfermedades o malformaciones hacia sus progenitores por haber permitido su nacimiento siendo conscientes de la existencia de su minusvalía de forma previa a su alumbramiento.

---

<sup>563</sup> MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2001), "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos", *Indret* 03/2001 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 2, "[a]unque según la ciencia médica ningún método anticonceptivo es totalmente seguro, en ocasiones su fracaso —que da lugar al nacimiento de un hijo sano pero no previsto— puede imputarse a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo anticonceptivo. Ello da lugar a demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debida al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas. En el derecho angloamericano estos supuestos se conocen con el nombre de *wrongful conception*".

<sup>564</sup> SALÁS DARROCHA, J. T. (2005), "Las acciones de *wrongful Birth* y *wrongful life* en el derecho y jurisprudencia españoles", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº. 11/2005, parte Artículo (BIB 2005\1702) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 2, "[a]sí y a efectos del presente, aludiremos como «nacimiento evitable» al denominado en inglés *wrongful birth* y a «eugenesia fallida» como homónimo de *wrongful life*"; GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2011), pp. 568 y 569, "[e]ste término, construido por la literatura jurídica anglosajona, se refiere a la acción por negligencia médica que ejercitan los padres por el nacimiento de un niño con malformaciones detectables durante el embarazo que, si se hubieran conocido a tiempo, les habría permitido plantearse la posibilidad de abortar. Se pueden incluir en este concepto los supuestos en los que el médico no informa a la paciente del riesgo de concebir un hijo con malformaciones ni de las técnicas de diagnóstico prenatal, también aquellos en los que estas técnicas se realizan de manera defectuosa y producen resultados erróneos y los casos en los que los resultados no llegan a ser conocidos por los padres o llegan a serlo fuera de los plazos en los que la interrupción del embarazo, ya no es posible. El ámbito de una acción de daños en estos supuestos está condicionada por tres elementos: -Los avances en tecnología médica, que hacen posible el diagnóstico prenatal y permiten detectar algunas malformaciones del feto. -La existencia de anomalías, enfermedades o malformaciones que no encuentren su causa originaria en la actividad médica de seguimiento del embarazo. -La despenalización del aborto en el caso en que el feto esté afectado por anomalías físicas o psíquicas graves (hoy notablemente ampliado por la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo 2/2010 de 3 de marzo), esto es, el denominado "aborto eugenésico", si bien basta con que el aborto se encuentre exento de reproche penal en el plazo en que pudieron haberse detectado anomalías congénitas, con independencia de los motivos legales en que se funde dicha posibilidad".



Las dos primeras acciones mencionadas (*wrongful conception* y *wrongful birth*) presentan la dificultad de identificar la vida humana con un daño indemnizable<sup>565</sup>. Ante este problema, la solución encontrada por la mayoría de los autores consiste en separar el daño sufrido por los progenitores de la vida en sí del nacido. Esta solución permite estimar la existencia de daños morales y patrimoniales originados en los padres evadiendo la polémica ético-jurídica de considerar un nacimiento como un daño. Parece evidente que en los progenitores puede originarse un daño no solamente en aquellos casos en los que el recién nacido padezca algún tipo de deficiencia y la misma no les fuese diagnosticada o comunicada antes del nacimiento, sino también en aquellos casos en los que el hijo presenta un buen estado de salud pero no era deseado (es obvio que el nacimiento de una persona implica un cambio de vida drástico para sus progenitores, máxime cuando el nacimiento no era deseado, lo que puede derivar en daños hacia éstos)<sup>566</sup>.

En cuanto a la apreciación de daños patrimoniales, parece existir cierto consenso doctrinal en entender que cabe su resarcimiento siempre y cuando no engloben la obligación de alimentos con el nacido, ya que esta obligación únicamente debe pertenecer a los progenitores y en defecto de éstos a quien ostente su tutela. Así, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU afirman que “en la medida en que los gastos normales de alimentación y crianza del hijo quedan fuera de ese fundamento, también se excluyen del ámbito de la indemnización del daño patrimonial en los supuestos de *wrongful birth*. Por el contrario, los gastos extras motivados por las taras físicas o psíquicas del hijo, que son precisamente aquellos que, por representar una carga excesiva para la madre y la familia, fundamentan la despenalización del aborto eugenésico, son los que deben indemnizarse en las demandas de *wrongful birth*. Entre éstos, se incluyen los gastos médicos y sanitarios derivados de la anomalía del hijo, pero también otros costes, cualquiera que sea su naturaleza, que se vinculan directamente con ella, como los gastos de adaptación de la vivienda familiar, los gastos de adquisición o adaptación de un vehículo adecuado para su transporte, la pérdida de ingresos que experimenta el progenitor que ha tenido que abandonar el trabajo o reducir su jornada laboral para atender al hijo enfermo, etc”<sup>567</sup>. Existe cierta predisposición doctrinal a

---

<sup>565</sup> GARRIGA GORINA, M. (2003), “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, *Indret* 3/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 8, “[t]ambién genera dificultades, tanto de carácter ético como de causalidad, la consideración del nacimiento de una persona como daño indemnizable”.

<sup>566</sup> ROMERO COLOMA, A. M. (2009), “Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica”, *Revista la Ley*, Nº7231, 1 de septiembre de 2009, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 4, “[l]a doctrina, de forma mayoritaria, se ha inclinado por la admisión de las acciones de *wrongful birth*, aplicando diversas teorías a través de las cuales se intenta separar el daño reclamado por los progenitores de la propia vida enferma del niño nacido”.

<sup>567</sup> MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2004), “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003”, *Indret* 2/2004 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 10; RAMOS GONZÁLEZ, S. (2015), “Daño moral por falta de consentimiento informado”, en GÓMEZ POMAR, F., MARÍN GARCÍA, I. (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, p. 458, “[d]e nuevo, la jurisprudencia vuelve a mirar hacia el resultado final, en este caso, el nacimiento del hijo con una anomalía o condición médica grave, para determinar el alcance del daño moral sufrido por los padres. Es sabido que la jurisprudencia sobre *wrongful Birth* con carácter general suma a esta indemnización por daño moral otra por los gastos o desembolsos extraordinarios o especiales asociados al nacimiento, pero la única diferencia en sede de responsabilidad civil habría de consistir en la

apreciar los mismos en estas situaciones, especialmente cuando nos encontramos ante una falta de información del médico responsable hacia la futura madre con respecto al estado de salud en el que se encuentra el feto, lo que, como hemos indicado, puede condicionar a la mujer sobre si optar o no por el aborto<sup>568</sup>.

El Tribunal Supremo, al igual que la mayor parte de la doctrina, niega la posibilidad de que el nacimiento de una persona pueda constituir un daño, pero sí admite la opción de que exista daño moral si una negligencia médica afecta a la dignidad de una persona, hecho que puede verse reflejado en el supuesto de que un diagnóstico incorrecto sobre la salud de un feto condicione la opción de someterse a la práctica de un aborto de forma voluntaria

---

indemnización por daño moral derivado de la privación negligente o dolosa de la libertad de elegir, pues este tipo de perjuicio y no los gastos extraordinarios, en cambio, es el que distingue el caso de responsabilidad civil de aquel en que los padres, correctamente informados, deciden seguir adelante con el embarazo”; LUNA YERGA, Á. (2015), “Responsabilidad civil médico-sanitaria por anticoncepciones fallidas («wrongful conception») y por error de diagnóstico prenatal («wrongful birth y wrongful life»)", en ORTI VALLEJO, A., GARCÍA GARNICA, M. C. (directores), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 523, “[e]l daño moral comprende, en ocasiones, la impresión o sobre salto que experimentan los progenitores al descubrir que el hijo sufre alguna malformación no detectada durante la gestación y de la que no fueron advertidos con anterioridad al alumbramiento, lo que les habría preparado psicológicamente para ese momento. Los profesores MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU hacen referencia a esta cuestión al referirse a la STS, 1ª, de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9302), que condena a los facultativos demandados al pago de indemnizaciones diferentes en función de que su intervención se hubiera producido cuando la interrupción del embarazo era aún legalmente posible o en un momento posterior. El daño patrimonial, por el contrario, se acepta de forma pacífica, aunque se discute si deben indemnizarse todos los gastos de mantenimiento del hijo o sólo los mayores gastos o gastos específicos del cuidado del hijo asociados a la malformación. Al respecto, las SSTS, 1ª, 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4000) y 14 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2422) declaran que la omisión de información implica una actuación médica deficiente que supone para los progenitores asumir una vida condicionada a las necesidades del hijo afectado por un mal irremediable, de tal modo que la indemnización por el daño patrimonial se fija en atención a «la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales”.

<sup>568</sup> De esta opinión, ILLESCAS RUS, V. (1999), pp. 276 y 277, “[f]rente al inicial rechazo de la existencia de daños, modernamente se admite su concurrencia. No obstante, mientras para algún sector de pensamiento los perjuicios derivados del nacimiento de un hijo no esperado únicamente produce perjuicios de índole patrimonial, representados, en lo sustancial, por los gastos de instrucción, manutención, cuidados, etc., orientación en la que se alinea, v. gr., la STS, Sala primera, de 5 de junio de 1998 (pte.: Excmo. Sr. Gullón Ballesteros). Para otros, en cambio, al margen de valoraciones éticas o convicciones religiosas, e independientemente de los perjuicios patrimoniales de que del hecho puedan derivarse, es posible hablar de ciertos perjuicios morales, preocupaciones, desequilibrios emocionales, la propia gestación no deseada, etc., abstracción hecha de los que puede aparejar un embarazo problemático cuando existen antecedentes en otros precedentes, o de los que deriven si el nacido adolece de laguna tara”; DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (2006), “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador), *Daños en el derecho de familia*, edición de 2006, Thomson Aranzadi, Navarra, p. 33, “[a]dmitido que la negligencia del personal sanitario en el cumplimiento de su deber de información puede causar un daño susceptible de reparación, procede, ante todo, determinar en qué consiste éste. A mi parecer, el daño resarcible es el perjuicio moral que sufre la madre, por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo (*perte de chance*), perjuicio éste, cuya cuantificación presenta la dificultad inherente a la valoración de todo daño moral”.

por la embarazada<sup>569</sup>. En las situaciones mencionadas existe discordancia entre la Sala primera y la Sala tercera y entre resoluciones de la misma Sala primera en lo que respecta a la carga de la prueba.

Como muestra de la contrariedad entre las sentencias de la Sala primera, encontramos las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 y de 7 de junio de 2002. En la primera Sentencia, aunque el Tribunal emplea incorrectamente el término *wrongful life* para referirse a una situación que tendría que ser calificada como *wrongful birth*, se enjuicia un caso en que el niño nació con Síndrome de Down sin que se hubiera informado a los padres durante el embarazo de la existencia de esta enfermedad. En esta situación, el Tribunal sostiene que existe una responsabilidad directa del profesional sanitario por la falta de diligencia y de información hacia la paciente. Sin embargo, en la Sentencia de 7 de junio de 2002, en la que se enjuicia un caso de similares características, la Sala primera cambia su criterio al afirmar que establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales cabe apreciar el estado del feto, y la privación a la paciente de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, por lo que no existe prueba alguna de la que pueda deducirse que de haberse conocido el estado físico del feto se hubiera decidido interrumpir el embarazo<sup>570</sup>.

---

<sup>569</sup> RAMOS GONZÁLEZ, S. (2013), "Daño", en SALVADOR CODERCH, P. (Ed.), *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, Indret ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 218, "[e]l segundo grupo de casos, el de nacimiento indebido (*wrongful birth*), por hipotéticamente no querido, es más complejo. En la actualidad, la responsabilidad del médico en los casos de nacimientos de niños con malformaciones o anomalías congénitas no detectadas durante el embarazo (*wrongful birth*) suele fundamentarse en el diagnóstico incorrecto sobre la condición del feto, con la consiguiente privación a la mujer de la posibilidad de decidir sobre la continuación del embarazo cuando su interrupción, dado el caso, era legalmente posible. La indemnización suele comprender dos partidas: el daño moral asociado a tal privación y las consecuencias económicas asociadas a la anomalía, esto es, los sobre costes derivados de tratar, mantener o educar especialmente a un niño diferente, por su invalidez física, su disminución psíquica o por ambas (SSTS, 1ª, 1002/2005, 21.12.2005, 669/2010, 4.11.2010; 4.11.2010, RJ 2010\7988STS, 3ª, 21.2.2006, RJ 2006\1046)".

<sup>570</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 495/1997, Sala 1ª, de 6 de junio, FJ. 3º, "[d]esde luego, aquí surge la figura conocida en el derecho americano con el nombre de «*Wrongful life*» -el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido-; ahora bien, el daño derivado del referido dato no es patrimonial y para su valoración, siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrán valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógica el montante de la suma reclamada por la parte, ahora, recurrente. Pero también, será necesario, asimismo, determinar el elemento personal, sobre la que debe recaer dicha responsabilidad, declarada y cuantificada. Desde luego, de lo probado en el caso de autos, la responsabilidad directa, en este aspecto, es clara con respecto a la doctora R. P. T., puesto que sustituyendo legítimamente al doctor J. S. L., no tuvo la diligencia profesional y lógica de comunicar a la recurrente, el fracaso de las pruebas analíticas practicadas, con el tiempo suficiente, como podía haberlo hecho, si hubiera actuado de una manera razonable, y la misma sentencia recurrida, dice literalmente «que si se hubieran dado facilidades para conocer el resultado de una prueba» -la ahora recurrente-, «no hubiera descuidado las gestiones precisas para saber lo que tanto le preocupaba»"; Sentencia del Tribunal Supremo número 581/2002, Sala 1ª, de 7 de junio, FJ. 4º, "[a]un

Pensamos que resulta más acertado el criterio de la Sala tercera al exigir la carga de la prueba al profesional sanitario que vulneró el derecho a la información de la embarazada<sup>571</sup>, ya que lo contrario implicaría, por un lado, una carga completamente

---

detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación «la señora R. en ningún momento quiso abortar»; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo”, Sentencia comentada en MARTÍN-CASALS, M., SOLÉ FELIÚ, J. (2002), “SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2002: Responsabilidad de profesionales sanitarios. Responsabilidad contractual del artículo 1.101 CC. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. Inexistencia de una relación de causalidad entre la falta de información del médico y la decisión de no abortar de la paciente. Wrongful birth”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 60, Editorial Civitas, págs. 1097-1122; BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, A. (2002), “7 DE JUNIO DE 2002: Responsabilidad médica: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down; derecho de información, relación de causalidad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 59, Editorial Civitas, págs. 857-868.

<sup>571</sup> A modo de ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007, Sala tercera, FJ. 6º, “[t]ampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr., F. 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]». Así recogida la posibilidad de indemnización de daño moral resulta necesario precisar si concurren los demás requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial entre los cuales la relación de causalidad aparece como esencial. En este sentido debe hacerse constar que la teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. Esta teoría ha tenido distinta acogida en la jurisprudencia, de manera que mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, fue abandonada en las dictadas con fechas de 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002, en las que no se consideró probado que la madre de conocer las malformaciones del feto, habría abortado. En la primera se

desproporcionada hacia la paciente (tanto por tener que demostrar que su derecho a la información fue vulnerado como por tener que demostrar que de haber conocido el estado de salud del feto habría abortado) y, por otro lado, supondría seguir la evolución (que hemos comentado en los anteriores apartados) en materia de prueba que presenta nuestra jurisprudencia en situaciones de vulneración del derecho de información del paciente.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, entendemos que podemos hablar de la existencia en el ordenamiento jurídico español de un derecho de la mujer a someterse a la práctica sanitaria de un aborto voluntario dentro de los tres primeros meses de gestación, derecho que, como es sabido, fue discutido cuando el aborto voluntario se encontraba despenalizado únicamente en los supuestos de violación de la mujer, malformaciones del feto y peligro para la salud de la madre.

Con este cambio de legislación no encontramos impedimentos que nos impidan sostener que el aborto voluntario constituye una obligación de resultado, de forma similar a una intervención estética o a la práctica de una vasectomía o ligadura de trompas, por lo que la incorrecta realización de este podría derivar en la aparición de daños para la mujer, entre los que podríamos encontrar los daños morales.

En esta línea de pensamiento se encuentra la Sentencia número 90/12 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Palma de Mallorca, en la que se fija la obligación solidaria del médico que no realizó el aborto conforme a la *lex artis ad hoc*, de la Clínica Estudio Médico Especializado en Contracepción y Esterilidad, de W.R. Berkley España Insurance (Europe) Limited Sucursal España y de la Agrupación Mutual Aseguradora (A.M.A.), a indemnizar por daños morales (surgidos estos por el cambio de vida involuntario que la afectada sufrirá como consecuencia directa de ser madre) y por la negligencia médica padecida. Asimismo, el Juzgado fija una indemnización para el menor

---

estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada por lo que se le impidió a la madre haber interrumpido legalmente su embarazo, mientras que en la segunda, por el contrario, se denegó la indemnización reclamada por el padre de una niña que nació con graves malformaciones congénitas que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarándose que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y además es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo. Finalmente, la Sentencia de 7 de junio de 2002 considera que no había prueba de que la embarazada de haber conocido la existencia de malformaciones en el feto hubiese abortado, lo que le lleva a la absolución del médico demandado. Esta Sala y Sección, en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 14 de julio de 2001 (Rec.Casac.2280/97) y 18 de mayo de 2002 (Rec.Casac. 280/98), ha tenido en cuenta a efectos de fijar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico. Partiendo de la base establecida en estas sentencias resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial".

nacido ya que su nacimiento supone toda una serie de gastos hacia su madre que de haberse practicado el aborto de manera diligente no habría tenido que asumir, indemnización que el Juzgado considera diferente a los alimentos que todo progenitor debe suministrar a su hijo<sup>572</sup>.

Finalmente, por lo que se refiere a la acción la acción *wrongful life* podemos mencionar que existe un rechazo generalizado hacia su admisión<sup>573</sup>. Sin duda parece complicado poder aceptar una acción que implique considerar la vida como un daño en sí mismo cuando como hemos analizado parece existir una práctica unanimidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de rechazo a este razonamiento, a lo que habría que sumar que la admisión de esta acción supondría una infracción de la libertad reproductiva y, por lo tanto, del libre desarrollo de la personalidad que se desprende del artículo 10 de nuestra Constitución, encontrando esta libertad reproductiva en nuestro ordenamiento como única excepción la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de modificación de la capacidad, bien en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de esta persona, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento (artículo 156 del Código Penal y disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). Por todo ello, compartimos la

---

<sup>572</sup> Sentencia número 90/12 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Palma de Maiorca, FJ. 7º, “[p]or todo ello, la indemnización a favor del hijo menor se otorgará conforme los artículos 1.101 y 1.103 del Código Civil y no como una pensión de alimentos que sostenían los letrados de las codemandadas; aquí hubo una negligencia que trae como consecuencia una indemnización y ese concepto no abarca los daños morales sino la noción relativa al menor pues en los daños morales se satisface la zozobra, angustia y ansiedad que padeció, y padece aún, la actora y en la indemnización que se acuerda en este Fundamento Jurídico se satisface una serie de dispendios que son causa única y directa del negligente proceder del codemandado Pedro Francisco y que en consecuencia no tiene porqué asumir la actora pues ella hizo todo lo legalmente posible a fin de evitar la situación que se produjo -tener un hijo-. Esta indemnización comprenderá pues los gastos de alimentación, vestimenta, sanidad, educación y manutención, y cualesquiera otros precisos para su debida formación, que Sixto requiera desde el día de la firmeza de esta sentencia hasta los 25 años de edad pues la manutención económica bajo amparo materno no se extingue al cumplir la mayoría de edad sino que esta se prolonga hasta una vez se finalizan los estudios y el hijo puede mantenerse por sí mismo conforme es reiterada doctrina jurisprudencial -la cual llega a afirmar que inclusive habiendo concluido estudios sino se obtiene trabajo-”.

<sup>573</sup> Por todos, MARCÍA MORILLO, A. (2005), *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptitos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 143 y 144, “[p]or lo que respecta a la acción por *wrongful life*, la respuesta suele ser negativa y son pocos los autores que conceden alguna perspectiva de futuro en nuestro Ordenamiento a tales acciones. El valor de la vida parece, pues, firmemente asentado. La jurisprudencia por su parte, no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, puesto que no se ha planteado ninguna verdadera demanda de *wrongful life* hasta el momento”; LUNA YERGA, Á. (2015), pp. 523 y 524, “[l]a doctrina niega que concurra daño indemnizable en los supuestos de *wrongful life* y afirma, en consecuencia, que no concurre en tales casos responsabilidad civil por ausencia de uno de sus presupuestos. Se argumenta que resulta muy difícil admitir que el hecho de estar vivo pueda acarrear un daño moral, pero que incluso, en tal caso, lo que resultaría casi imposible es encontrar una relación de causalidad entre tal daño y la actuación del médico”.

doctrina mayoritaria que deniega la posibilidad de ejercer la acción *wrongful life* en nuestro país por ser ésta contraria a principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

### 6.2.9 Daño moral por incumplimiento de auditor de cuentas

La Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas regula la responsabilidad civil de esta actividad profesional en el artículo 26, donde el legislador ha optado por mantener el mismo régimen de responsabilidad que ya se recogía en el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, que a su vez presentaba una redacción muy similar a la del artículo 11 de la derogada Ley 19/1988, salvo que en la Ley de 1988 no se hacía referencia a quien o que debe entenderse por tercero afectado<sup>574</sup>. De esta forma, en el artículo 26 de la Ley 22/2015 se contempla que los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil. Esta responsabilidad es exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar tanto a la entidad auditada como a un tercero, entendiéndose como tal cualquier persona física o jurídica que acredite que actuó tomando en consideración el informe de auditoría<sup>575</sup>.

---

<sup>574</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L. (2010), “Responsabilidad civil del auditor de cuentas”, *Diario la Ley*, nº 7530, sección doctrina, 17 dic. 2010, año XXI, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 7, “interesa destacar que en esta específica responsabilidad civil contractual de los auditores – se contempla esa dualidad de afectados, tanto la propia empresa, como cualquier tercero a quien se le haya irrogado un daño o perjuicio a resultas del mal informe por la mala auditoría –, lo cual, por lo demás, es elemental que así acontezca ya que, el *desideratum* o la finalidad legislativa de este cometido profesional es procurar satisfacer las necesidades de los intervinientes en el tráfico jurídico que tienen un perfecto derecho a conocer los datos de la realidad económica de los entes, como interesados o eventuales contratantes que son, y los cuales, por su propia composición, magnitud o volumen, difícilmente escapan a un conocimiento inmediato de su realidad, dificultando, pues, la verificación de las correspondientes operaciones; ello implica que, ante un mal informe del auditor, por su falta de diligencia, convierta a este tercero en perjudicado por habersele eludido o impedido conocer con fidelidad la realidad económica de la empresa y haberle así impedido contratar con las debidas asistencias o garantías que le hubieran permitido, en su caso, la ejecución, de una manera u otra, de la relación negocial llevada a efecto, o bajo ese conocimiento que él creía correcto asumir otras obligaciones que, en otro caso no hubiera concertado, de todo lo cual se deriva la producción de los correspondientes daños y perjuicios, objeto de su reclamación a causa de esa torpe confianza en una auditoría así de improcedente; y ese ilícito también puede haberse cometido contra la propia empresa, cuando por el contenido del informe, convencida la empresa de la regularidad de sus operaciones económico- contables, no verifica los controles o acople los correspondientes reajustes y, al final, se encuentra con que ello ha desembocado en unas consecuencias damnificantes o nocivas para sus propios intereses”.

<sup>575</sup> GILI SALDAÑA, M. A., MARÍN GARCÍA, I. (2011), “Sentencia de 15 de diciembre de 2010. Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros. Causalidad material o física y causalidad jurídica o imputación objetiva. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Prohibición de condenas con reserva de liquidación”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº. 87, 2011, pp. 1767 y 1768, “[d]e acuerdo con la doctrina jurisprudencial que se deriva de estas sentencias, los auditores de cuentas están obligados a llevar a cabo sus funciones de conformidad con las reglas que rigen su profesión (*lex artis*), esto es, las normas técnicas de auditoría o «principios y requisitos que [el auditor] debe observar necesariamente (...) en el desempeño de su función y sobre las que deben basarse las actuaciones necesarias para expresar una opinión técnica responsable» (art. 1.3 RAC). El incumplimiento de dichas normas conllevará la responsabilidad del auditor, no solo frente a la compañía

Esta regulación que abarca tanto la responsabilidad contractual como extracontractual del auditor de cuentas tiene parte de su origen en el texto de las Sentencias de 9 y 14 de octubre de 2008 y de las Sentencias de 5 de marzo y de 27 de mayo de 2009 (que serán citadas en los párrafos siguientes) en las que se estudió el nexo causal entre la actuación del auditor y los daños originados por su actividad profesional<sup>576</sup>.

Junto a la LAC se encuentra otra referencia a la responsabilidad del auditor en el artículo 271 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En este precepto se indica que la legitimación para exigir responsabilidades al auditor de cuentas que hubiera auditado la sociedad se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad.

De los artículos mencionados se desprende que para dilucidar cuál es la responsabilidad del auditor frente a su contraparte debe acudir al Código Civil, por lo que puede afirmarse que el incumplimiento del contrato mediante el que un auditor de cuentas presta sus servicios a una sociedad mercantil se resolverá conforme al sistema general de responsabilidad contractual<sup>577</sup>. Una vez aclarado que la LAC no solamente no señala un

---

con la que se encuentre vinculado por una relación contractual, sino también frente a los terceros que se relacionen con la misma –siempre y cuando, claro está, concurren los presupuestos de la responsabilidad extracontractual previstos en el art. 1902 CC-, pues la actividad auditora posee, junto al interés particular del que es portadora la otra parte del contrato, un indudable interés general”.

<sup>576</sup> GARCÍA GREWE, C. (2015), “El informe especial para la exclusión del derecho de suscripción preferente y la responsabilidad civil del auditor de cuentas”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º. 295/2015, (BIB 2015/887), ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), pp. 5 y 6, “la reforma introducida en esta materia por la Ley 12/2010 parece responder a una serie de Sentencias del Tribunal Supremo recaídas en materia de responsabilidad civil extracontractual de los auditores. Las principales cuestiones jurídicas que suscitaron las referidas sentencias se encuentran referidas al nexo causal entre la actuación del auditor y el daño ocasionado, en particular a los criterios de imputación objetiva, teniendo en cuenta , por una parte, que el informe del auditor versa sobre una actuación previa de los administradores de la sociedad auditada y, por otra parte, cuáles son los intereses cubiertos por el fin de protección de la norma. Es decir, quiénes pueden exigir responsabilidad al auditor de cuentas por un informe de auditoría que no refleje la situación real de las cuentas de la sociedad. Resalta sobre todo el nuevo apartado segundo del art. 22 de Ley que, estableciendo el carácter proporcional y directo de la responsabilidad por los daños económicos, así como el carácter personal e individualizado de la responsabilidad, con exclusión del daño que pudiera haber causado la propia entidad auditada o un tercero, pretende introducir límites a la responsabilidad extracontractual del auditor. La reforma parece seguir la Recomendación de la Comisión sobre la limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y de las sociedades de auditoría, de 5 de junio de 2008 (DOUE 21 de junio), que preveía la posibilidad de limitar la responsabilidad de los auditores a través de la inclusión del principio de contribución real al perjuicio sufrido por el reclamante [apartado 5 b)]. Asimismo la citada reforma introdujo la definición del tercero que puede considerarse perjudicado por el informe del auditor, de modo que acota el ámbito de posibles perjudicados a aquellos que actuaron o dejaron de actuar «tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión.» (art. 22.2 LAC)”.

<sup>577</sup> GARRETA SUCH, J. M. (2002), *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Madrid, p. 163, “[l]o primero que conviene decir es que, con relación a la responsabilidad civil del auditor, nuestro ordenamiento jurídico no inaugura ningún tipo de responsabilidad específica, antes al contrario rigen para los auditores las mismas reglas de responsabilidad que son exigibles a



régimen de responsabilidad específico para el auditor sino que remite de manera expresa al Código Civil, puede sostenerse que en aquellos supuestos en que la actuación del auditor implique un incumplimiento contractual con la empresa o entidad que contratase sus servicios cabe la posibilidad de que dicho incumplimiento pueda derivar en un daño moral que deberá ser estimado y resarcido conforme a lo establecido en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, como puede ocurrir en el incumplimiento de cualquier otro contrato<sup>578</sup>.

---

cualquier persona, bien que en este caso a cualquier profesional dedicado al ejercicio de la profesión auditora. No existe disposición expresa que diferencie la responsabilidad de los auditores del régimen de responsabilidad exigible a cualquier profesional, puesto que, en definitiva, de profesionales estamos hablando”; PACHECO CAÑETE, M. (2011), “La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la recomendación europea de limitación de la responsabilidad”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº. 26, 2011 (BIB 2011/150) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 3, “es posible afirmar como la responsabilidad de los auditores se remite en todo lo que no se haya establecido expresamente al régimen general de Código Civil o dicho en la terminología anterior a la reforma a las reglas generales del Derecho privado, y en consecuencia a lo establecido en el artículo 1101 CC a los efectos de exigencia de responsabilidad contractual y al artículo 1902 CC para la responsabilidad extracontractual, lo cual habrá de ser modalizado atendiendo a las particulares características de la actividad de auditoría, y los deberes legales y obligaciones a las que los auditores quedan sometidos en el ejercicio de su actividad profesional. La teoría general de la responsabilidad civil distingue dos tipos de responsabilidad, la contractual y la extracontractual, lo cual aplicado al ámbito que nos ocupa nos lleva a afirmar la existencia de responsabilidad de los auditores de cuentas frente a quien contrata sus servicios, y también frente a terceros”; de igual forma, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2003, FJ. 3º, “[e]ntrando en el fondo de la acción de responsabilidad ejercitada, es preciso comenzar determinando si se está en el ámbito de la responsabilidad contractual, de la extracontractual, o bien de ambas, como se pretende por la parte actora, que ha invocado y ejercitado todas ellas. Pese a ello debe decirse que de los hechos con los que se fundan esas acciones se deriva que el daño que se reclama se produjo como consecuencia del defectuoso cumplimiento de un contrato de asesoramiento fiscal, por lo que no parece razonable que para su resarcimiento existan otras acciones que las que nacen del propio contrato. No se está por consiguiente, ante un supuesto dudoso en el que sea posible acudir a los instrumentos que la jurisprudencia ha ideado para resolver los conflictos que su cita la concurrencia de la responsabilidad extracontractual con la contractual. Se está en el estricto ámbito de la responsabilidad contractual, como se deriva de la fundamentación de la propia demanda, en la que constantemente se hace referencia al contrato de prestación de servicios existente entre las partes. Esa circunstancia, que se esté en el ámbito de la responsabilidad «ex» contractual regulada en el art. 1101 del Código Civil, no descarta completamente que también sea admisible una acción de responsabilidad fundada en culpa extracontractual. En la jurisprudencia no faltan supuestos en los que se ha admitido esa dualidad de responsabilidades, particularmente cuando se demanda a una pluralidad de sujetos. Pero, para que sea admisible esa dualidad, resulta necesario que los hechos a los que se alude la responsabilidad extracontractual sean ajenos a la propia relación contractual, lo que no ocurre en el caso enjuiciado. La acción dirigida contra el señor R. por el incorrecto asesoramiento no se puede fundar en la culpa extracontractual cuando su intervención como administrador de la sociedad o como simple auxiliar de ella se llevó a cabo dentro de la estricta órbita contractual”.

<sup>578</sup> PACHECO CAÑETE, M. (2000), *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Consejo Económico y Social, Madrid, p. 355, “[p]or lo que respecta a las clases de daños, el daño resultante de un informe de auditoría puede ser material (que comprende tanto el *damnus emergens* o desembolso efectivo como el *lucrum cesans* o ganancia frustrada) o moral (que aunque el Cc no lo recoge, la doctrina y la jurisprudencia admiten) y ello se trate de personas físicas o de personas jurídicas”; MUÑOZ VILLAREAL, A. (2010), “La responsabilidad civil del auditor”, *Partida doble*, nº 225 (ejemplar dedicado a: Dossier

Situación diferente a los daños ocasionados por el incumplimiento del contrato sería la responsabilidad extracontractual del auditor por los perjuicios experimentados por terceros ajenos al contrato de servicios de auditoría que actuaron tomando en consideración el informe resultado de una falta de la diligencia debida de este profesional. Esta responsabilidad del auditor ha sido cuestionada por PANTALEÓN, quien sostiene que los intereses de terceros no son objeto del ámbito de protección de las normas técnicas de auditoría, por lo que la responsabilidad de los auditores de cuentas sólo deberá existir frente a la sociedad auditada y, en todo caso, frente a los socios de la misma<sup>579</sup>.

A diferencia de PANTALEÓN, el Tribunal Supremo sí ha apreciado la existencia de responsabilidad frente a terceros ajenos al contrato de auditoría<sup>580</sup>. Así, entre las Sentencias

---

auditoría II), p. 59, “[p]ara que se dé responsabilidad, el daño, o la posibilidad de preverlo, es fundamental y este de ser evitable (puesto que si no es así estaríamos ante fuerza mayor o caso fortuito) y se debe dar un nexo causal entre la conducta del autor y el daño. El resarcimiento de daños debe abarcar tanto los daños patrimoniales (lesión causada a los bienes por la acción de un tercero, perjuicio ocasionado en el patrimonio de la víctima por el hecho del agente) como el moral”.

<sup>579</sup> PANTALEÓN, F. (1996), *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, S.A., Madrid, pp. 130 y 131, “[l]a responsabilidad civil de los auditores de cuentas sólo podrá existir frente a la sociedad auditada (y quizás, frente a sus socios, pero con el estricto alcance que se precisará en seguida); no frente a terceros, ya que, considerando la finalidad de la auditoría de las cuentas anuales, los intereses de terceros no se hallan en el ámbito de protección de las normas técnicas de auditoría y demás reglas de la *lex artis* del auditor aplicables al caso. O si se prefiere expresarlo de este modo: porque el auditor de las cuentas anuales no tiene deber de cuidado frente a terceros. Quien quiera que dicha responsabilidad pueda nacer frente a él, deberá dejar de ser «tercero», obteniendo la confirmación del informe respecto de él para la concreta operación proyectada; la que los auditores sólo concederán, sensatamente, a cambio de la oportuna compensación por la asunción del mayor grado de responsabilidad”.

<sup>580</sup> OTERO CRESPO, M. (2007), “Algunas notas entorno a la responsabilidad civil de los auditores frente a terceros ajenos al contrato de auditoría”, *Dereito*, vol. 16, nº 1, p. 339, “la Ley de Auditoría de cuentas no establece de un modo completo la responsabilidad de los auditores, personas físicas o jurídicas. De tal suerte que la responsabilidad contenida en el artículo 11 LAC, no se puede calificar como unitaria y menos como responsabilidad legal. Simplemente se recoge la idea de responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada y frente a terceros. Con los primeros, parece claro que existe una responsabilidad de tipo contractual, basada en la existencia del contrato de auditoría. Mientras, con los terceros, a falta de otra específica, nos remitiremos a la responsabilidad extracontractual (artículos 1902 y 1903.IV Cc)”; RIBOT IGUALADA, Jordi (2009), “La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectivas de futuro”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 7/2009/2009, parte estudio (BIB 2009/695) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 8, “[e]n Derecho español el auditor no sólo responde del incumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad auditada, en vía contractual, sino que también puede ser responsable en vía extracontractual frente a los terceros perjudicados por su conducta. Ahora bien: tal proposición no comporta, con base en la regla especial contenida en la legislación de auditoría (art. 11 LAC), una responsabilidad incondicionada, ajena a los presupuestos que en general determinan que alguien deba responder por haber causado daño a otra persona”; BÁSCONES RAMOS, J. M. (2010), “La responsabilidad de los auditores”, *Auditoría Pública*, nº 52, p. 60, “cualquier incumplimiento de la normativa reguladora de la actividad de auditoría implicaría una falta de diligencia suficiente para el nacimiento de la responsabilidad civil, si concurre además el resto de requisitos exigidos, y en particular, la existencia del daño y el nexo causal entre éste y la actividad del auditor”; OTERO CRESPO, M. (2013), *La responsabilidad civil del auditor de cuentas. Pure economic losses: daños causados a terceros*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 2225, “[l]a responsabilidad de los profesionales de la auditoría por los daños

a las que antes hacíamos mención, a modo de ejemplo, podemos indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 aclara que en aquellas situaciones en las que no concurren los requisitos de legitimación para ejercitar la acción social de responsabilidad la reclamación que dirijan los socios contra el auditor tendrá carácter extracontractual, pues quien ejercita la acción no celebró el contrato que ha generado el daño<sup>581</sup>. El paso del tiempo y la evolución de la legislación han propiciado que esta línea de pensamiento continúe siendo mantenida por el Tribunal Supremo<sup>582</sup>.

---

causados a terceros era, hasta fechas recientes, una disputa estéril o al menos, esencialmente teórica. Sin embargo, tanto la inclusión de un concepto de tercero en la ley auditora, como los pronunciamientos del Tribunal Supremo en su Sala 1ª, han terciado en el debate, sentado jurisprudencia sobre los presupuestos y el alcance de la responsabilidad civil del auditor frente a terceros al albur de la redacción antigua de la LAC”; BUSTO LAGO, J. M. (2014), “Materiales para la construcción de la responsabilidad civil de los terceros de confianza: perspectiva desde la responsabilidad civil de auditores y de las agencias de *rating* y la teoría de las *flood gates*”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 18, 2014, p. 45, “la finalidad prístina de la auditoría de cuentas radica en la tutela del derecho de información de los socios y la emisión consciente por éstos del voto de las cuentas sociales, previamente auditadas; pero para determinar la imputación objetiva de los daños que pueda causar un informe de auditoría defectuosamente realizado a terceros ajenos al contrato de auditoría es necesario contestar la pregunta de si la protección extracontractual de la confianza creada en terceros por el informe de auditoría es también un fin de protección de la norma. Pues bien, la respuesta dada por el TS a este pregunta en la Sentencia de 9 de octubre de 2008 [RJ 2008\6042] –caso «XM Patrimonios»– es negativa, pues el daño causado por la negligencia del auditor queda fuera de la protección de la normativa a cuya infracción se vincula, en tanto que no alcanza a prevenir los perjuicios sufridos por los inversores -actores- por el hecho de que los órganos de supervisión no pudieran actuar tempestivamente a efectos de impedir las inversiones realizadas. Distinta fue la respuesta dada en el caso resuelto por la STS de 5 de marzo de 2009 [RJ 2009\1631] –caso «Euskal Air»–, en tanto que en ella el TS sí consideró que el informe de auditoría tiene, entre sus funciones y fines propios, evitar el riesgo de terceros de sufrir perjuicios, derivados de inversiones realizadas o de la abstención de adoptar tempestivamente medidas que impidan o amortigüen determinados daños, como consecuencia de los errores que contenga. En consecuencia, el fin de protección de la norma es tanto la protección de la entidad auditada, como de los intereses de sus socios y de cualquier tercero que actúe confiando en el informe de auditoría. Este fin de protección de la norma resulta con nitidez de la regulación que, de la responsabilidad civil del auditor y de las sociedades de auditoría, se contiene en el art. 22 del TRLAC”.

<sup>581</sup> Sentencia Tribunal Supremo número 355/2009 de 27 de mayo, FJ. 3º, “[e]l artículo 11.1 de la LAC, en la redacción aplicable al caso por razones temporales, establece que «los auditores de cuentas responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones.» Este precepto comporta una remisión a las reglas generales de Derecho privado, contenida expresamente en la nueva redacción del precepto llevada a cabo por la Ley 44/2002. A su vez, el artículo 211 LSA se remite, en orden a la legitimación para exigir responsabilidad de los auditores, a lo establecido en la LSA respecto a la responsabilidad de los administradores sociales («La legitimación para exigir responsabilidad frente a la sociedad a los auditores de cuentas se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad»). De estos preceptos se infiere que, en aquellos casos en los cuales no concurren los requisitos de legitimación establecidos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la LSA, la reclamación dirigida por los socios contra los auditores en defensa de sus propios intereses tiene carácter extracontractual, dado que quien ejercita la acción es un sujeto distinto de la sociedad que celebró el contrato con los auditores. La identidad del elemento subjetivo para apreciar la existencia de una responsabilidad contractual del agente frente al perjudicado ha sido exigida por la jurisprudencia más reciente de esta Sala. Así, la STS de 31 de octubre de 2007, RC n.º 3219/2000, declara que «la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la

producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-», Sentencia comentada en GILI SALDAÑA, M. A., MARÍN GARCÍA, I. (2010), "Sentencia de 27 de mayo de 2009: Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Culpa extracontractual. Legitimación de los accionistas para el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los auditores de cuentas. Estipulaciones en favor de terceros. Regla de la mayor reciprocidad de intereses. Doctrina de la unidad de la culpa civil. Plazo de prescripción, cómputo e interrupción", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº. 83, 2010, págs. 1017-1044; Sentencia del Tribunal Supremo número 798/2008, de 9 de octubre, FJ. 4º, "[l]a publicidad constituye un instrumento jurídico por medio del que se traduce un interés general difuso -no ajeno a la conveniencia de aumentar de modo efectivo la calidad de la información financiera-, en el concreto de cada uno de los terceros que entren en relación con la sociedad auditada, confiados en la fiabilidad que ofrece un sistema de regulación del mercado de capitales tan sofisticado como costoso. Por ello -como señala el considerando decimonoveno de la Directiva 2006/43/C- los auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables de los perjuicios financieros que hayan causado por negligencia, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de la prestación de auditoría, sino también frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada -como expresamente establecía el artículo 11.1 de la Ley 19/1988, en la redacción vigente cuando la demanda fue interpuesta-. Claro está, siempre que, en este último caso, concurren los requisitos precisos para afirmar una responsabilidad extracontractual conforme a las normas generales del Código Civil a las que se remite el artículo 11.1 citado, en la redacción dada al mismo por la Ley 44/2002, de 24 de noviembre", Sentencia comentada en GILI SALDAÑA, M. A., MARÍN GARCÍA, I. (2009), "Sentencia de 9 de Octubre de 2008: Responsabilidad civil de los auditores frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Obligación de detectar errores y fraudes. Causalidad material y causalidad jurídica. Fin de protección de la norma violada", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº. 80, 2009, págs. 751-778; Sentencia del Tribunal Supremo nº. 869/2008, de 14 de octubre, FJ. 3º, "[p]or ello -como señala el considerando 19º de la Directiva 2006/43/C- los auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables de los perjuicios financieros que hayan causado por negligencia. Y, hay que añadir, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de la prestación, sino también frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada -como expresamente establecía el artículo 11.1 de la Ley 19/1988, en la redacción vigente cuando la demanda fue interpuesta-, claro está, siempre que concurren los requisitos precisos para afirmar una responsabilidad extracontractual conforme a las normas generales del Código Civil -a las que se remite el artículo 11.1 citado, en la redacción dada al mismo por la Ley 44/2002, de 24 de noviembre".

<sup>582</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 815/2010, de 15 de diciembre, FJ. 3º, "la publicidad del informe de auditoría, de la que depende la posibilidad de un amplio conocimiento en beneficio de todos los que participan en el mercado y del propio mercado, está expresamente exigida en diversas normas para el logro de los fines empíricos a que responde esa técnica - artículos 212, apartado 2, 218 y 220, párrafo segundo, del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre; artículo 86, apartado 1, de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada; artículos 23 del Código de Comercio, 12 y 366, ordinal quinto, del Real Decreto 1.784/1.996, de 19 de julio, por el que se aprobó el Reglamento del Registro Mercantil; artículos 35 y 92 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del mercado de valores, 1 y 11 del Real Decreto 1.636/1.990, de 20 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento que desarrolla la Ley de auditoría de cuentas; artículos 131 y 69 de la Ley 3/1.987, de 2 de abril, general de cooperativas (vigente cuando los hechos enjuiciados acaecieron) ... - y constituye la evidencia de que, en nuestro vigente ordenamiento, son beneficiarios de la protección que ofrecen las normas reguladoras de la auditoría no sólo la sociedad auditada, sino también

No cabe duda de que la remisión que realiza la LAC al Código Civil permite la apreciación del daño moral tanto por incumplimiento contractual del auditor de cuentas como el que pudiera provocarse al tercero que actuara conforme a lo indicado en el informe de auditoría, no debiendo interpretarse la mención del artículo 26 LAC a “los daños y perjuicios económicos” como una excepción al principio general de reparación íntegra<sup>583</sup>. Es más, el Tribunal Supremo limita únicamente el resarcimiento de daños en estos supuestos a la relación de causa efecto entre el incumplimiento del auditor y el daño o perjuicio padecido por la sociedad mercantil o por un tercero. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo número 115/2009 de 5 de marzo (FJ. 4º) expone que “[e]l tercero, y último, de los motivos del recurso vuelve a denunciar la infracción de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley de Auditoría de Cuenta, en su redacción originaria, en relación con los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta, pues de acuerdo con los citados preceptos y con la doctrina del Tribunal Supremo sentada en su aplicación, la responsabilidad por daños exige la cumplida prueba de la existencia de relación de causalidad entre los daños y perjuicios y la conducta o el comportamiento, activo u omisivo, del deudor. No puede desconocerse que, como afirma la parte recurrente con cita de las sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1980 SIC, la indemnización de daños y perjuicios, además de la existencia real de los mismos, exige

---

los terceros que se relacionen con ella”, Sentencia comentada en GILI SALDAÑA, M. A., MARÍN GARCÍA, I. (2011), “Sentencia de 15 de diciembre de 2010. Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros. Causalidad material o física y causalidad jurídica o imputación objetiva. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Prohibición de condenas con reserva de liquidación”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº. 87, 2011, págs. 1751-1774.

<sup>583</sup> BUSTO LAGO, J. M. (2014), p. 63, “la indemnización a cargo del tercero de confianza a cuya actuación negligente resulta imputable el daño cuyo resarcimiento se pretende podría hacerse equivaler, en un sistema como el español en el que no existen límites equivalentes a los que se contienen en los §§.122, 179.2 y 307 BGB, al interés de cumplimiento del negocio concertado y frustrado o perjudicado por la actuación del tercero –esto es, a la ganancia que la inversión hubiera representado para el inversor de ejecutarse a tenor de las previsiones del inversor, fundadas en la calificación ofrecida por la agencia de «rating»-. Sin embargo, salvo en los supuestos de dolo del tercero de confianza (como consecuencia de la aplicación analógica del art. 1107.II del CC), el principio general de reparación íntegra del daño, que rige con virulencia en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, se ha opuesto, por algunos autores, como límite eficaz a tal posibilidad”; SULAIMAN, A. (2015), *Auditor Liability to third parties in Spain and The United States: A comparative study*, Universidad Pablo de Olavide, Departamento de Derecho Privado, Sevilla [tesis inédita], pp. 216 y 217, “a third party plaintiff in Spain is not preoccupied with considerations of duty or restriction related with economic loss. The system guarantees a general principle of liability as enshrined in articles 1101 CC and 1902 CC respectively. All damages are prima facie recoverable once the elements of liability can be proved –usually fault based. This is in contrast with the US system where liability is generally restricted to contract. Hence a third party plaintiff must prove the existence of duty between himself and the defendant to succeed. Moreover, economic loss actions are also restricted. Apart from these general doctrinal differences, the two systems share much in common. For instance, in a recent judgment, the Supreme Court of Spanish placed importance on the absence of reliance on the statements. Moreover, some judgments have incorporated considerations similar to the notions of causation in fact and in law, remoteness of damage and proximate cause respectively in their interpretation of the general principle of responsibility in Spain”.

cumplida prueba de «la relación de causa efecto entre el incumplimiento y el daño o perjuicio, de modo que éste sea consecuencia de aquél»<sup>584</sup>.

Sin embargo, es realmente complicado poder encontrar jurisprudencia que contemple una indemnización de daño moral por incumplimiento de contrato en estos casos lo que, seguramente, se deba a que las reclamaciones de daños patrimoniales derivados del incumplimiento contractual de un auditor centran las demandas de los miembros de la sociedad mercantil perjudicada, bien por la cuantía de tales daños, o bien porque supone una mayor prioridad recuperar el patrimonio perdido que resarcir el honor dañado de la sociedad mercantil<sup>585</sup>. Ahora bien, esto no es obstáculo para afirmar que también es posible estimar la existencia de daño moral por incumplimiento del auditor de cuentas, siempre y cuando pueda probarse que dicho daño moral es consecuencia directa del incumplimiento de tal contrato.

### 6.2.10 Daño moral por incumplimiento de contrato de seguro

Sin lugar a dudas, los contratos de seguros presentan una gran importancia en la sociedad actual hasta el punto de que la suscripción de los mismos viene impuesta por nuestro ordenamiento para poder ejercer determinadas actividades. La obligación de suscribir un seguro puede ser impuesta por la ley, por disposiciones reglamentarias e incluso por convenios colectivos de determinados sectores empresariales.

Las pólizas de seguros son consideradas por gran parte de la doctrina como un medio para resarcir daños de un modo más eficiente del que se emplearía en caso de que no existieran estos tipos de contratos y, sin duda, es esta eficiencia la que ha llevado a que nuestro ordenamiento imponga para la realización de determinadas actividades que impliquen un cierto riesgo la suscripción de una póliza de seguro como requisito esencial para la realización de dichas actividades. En este sentido, SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE sostienen que “[e]l seguro, en particular, es una forma mucho más económica de

---

<sup>584</sup> Sentencia comentada en GILI SALDAÑA, M. A., MARÍN GARCÍA, I. (2009), “Sentencia de 5 de marzo de 2009: Responsabilidad civil de los auditores frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Relación de causalidad e imputación objetiva”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º. 81, 2009, págs. 1341-1360.

<sup>585</sup> En esta línea de pensamiento encontramos a PETIT LAVALL, M. V. (2008), “La relación de causalidad en la responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros”, *Revista de Derecho Bancario*, n.º 114, 2009 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), p. 10, “es difícil que un incumplimiento por el auditor de sus obligaciones produzca daños morales a terceros, quienes normalmente sólo sufrirán los perjuicios económicos derivados de una mala inversión en el patrimonio social causada precisamente por su confianza en un informe de auditoría inexacto o falso, o ante la ausencia de informe”; sobre la naturaleza de los daños reconocidos a terceros ajenos al contrato de auditoría, OTERO CRESPO, M. (2013), p. 244, “[l]os daños descritos en las ejemplificaciones anteriores presentan una indudable naturaleza económica. Pese a que existen varios pronunciamientos en materia de responsabilidad de auditores de cuentas, lo cierto es que ninguna de las referidas sentencias del Tribunal Supremo hace alusión al concepto de *pure economic loss*. Los términos empleados son «daño patrimonial» o «perjuicio financiero» para referirse a las pérdidas económicas de accionistas, cooperativistas, inversores y acreedores derivadas de actuaciones fundadas en informes de auditoría negligentemente redactados”.

compensar daños, de gestionar organizadamente riesgos y de distribuir los costes de los accidentes que el ejercicio judicial de pretensiones indemnizatorias”.<sup>586</sup> Es evidente que la contratación de seguros supone un medio socialmente aceptado para superar los riesgos implícitos del quehacer diario, siempre y cuando la entidad aseguradora responda realizando las prestaciones que el asegurado contrató en la póliza. Ahora bien, el problema se presenta cuando la empresa aseguradora se niega a hacer frente a las prestaciones contratadas por el asegurado. Así, DÍEZ-PICAZO defiende que “[s]in embargo, la consideración de los aseguradores como instrumento de socialización produce algunas distorsiones que tendrían que ser estudiadas con detenimiento, y que hacen que el sistema, en ocasiones, no llegue a funcionar debidamente. Hay, además, objeciones de base o de fondo a un hipotético y a veces deseado sistema de cobertura social completa de los riesgos y de los daños.”<sup>587</sup>

Frente a un posible incumplimiento del asegurador, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, únicamente contempla en su artículo 20 una indemnización por mora del incumplimiento del asegurador, consistente en el pago de un interés anual igual al

---

<sup>586</sup> SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2005), “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *Indret*, 1/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 19; ROCA TRÍAS, E., NAVARRO MICHEL, M. (2011), p. 244, “hoy por hoy, parece que el mejor método posible es el de evitar que los daños que se produzcan tengan una repercusión tal que impidan a las víctimas obtener el resarcimiento. Para ello se recurre al sistema de seguros, ya sean seguros sociales (seguridad social), ya sean seguros obligatorios, ya sean seguros voluntarios. Con ello no se evita el accidente, pero se facilita que tenga menos consecuencias de las que tendría si las víctimas acreedoras no pudieran ser resarcidas por la insolvencia del dañante-deudor”; OSSORIO SERRANO, J. M. (2011), p. 234, “al día de hoy, el seguro de responsabilidad civil está configurado como un elemento clave en orden a la cobertura económica para el caso de la causación de un daño, de forma que sea una entidad especializada (la aseguradora) la que se haga cargo de la posible indemnización a cuyo pago quedaría obligado en otro caso el asegurado causante del daño. Así, puede afirmarse sin ningún género de duda que este tipo de seguro se ha convertido en pieza clave en el moderno Derecho de daños. Ello lo avala, además, el dato objetivo de que nuestra más reciente legislación exige, como requisito previo y necesario para desarrollar ilícitamente algunas de tales actividades potencialmente peligrosas, la suscripción de un seguro obligatorio para poder llevarlas a cabo conforme a Derecho, para el caso de que con las mismas se cause el daño. Tal sucede, por ejemplo, con el ejercicio de la caza, la navegación aérea, uso y circulación de vehículos a motor, instalaciones que se sirvan de la energía nuclear, etc.”

<sup>587</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 166; VEIGA COPO, A. B. (2014), *Tratado del contrato de seguro. Tomo I*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, p. 1503, “[l]a aseguradora cubre el riesgo, incluso se sitúa en una mera situación de pendencia una vez perfeccionado el contrato en tanto en cuanto el tomador no paga o satisface la prima, *pendente* riesgo, esté o se verifica o no, acaecido y comprobado que el mismo es objeto de cobertura dentro de la delimitación condicional o clausular del riesgo, la aseguradora tiene la obligación de satisfacer la indemnización, reparar o realizar la prestación pactada. Una satisfacción que se dilata indebidamente en el tiempo pese a la «penalización de los intereses de demora» y que ha sido objeto de una copiosísima y a veces controvertida jurisprudencia. No obstante y *ex ante* existe ya un deber jurídico de pendencia –como ya hemos señalado *supra*– por parte de la aseguradora de cubrir la probabilidad de que el mismo se verifique independientemente que este no llegue a acaecer. Que se supedite este último deber al pago o realización de la contraprestación por parte del tomador del seguro es otra cuestión”.

interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en un cincuenta por ciento<sup>588</sup>.

A pesar de que la Ley de Contrato de Seguro recoge únicamente una indemnización tasada por mora del asegurador, esto no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales haya estimado en estas situaciones la existencia de otros daños, como el daño moral por incumplimiento de contrato. Una muestra de lo indicado la encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 421/2006, de 24 de octubre, en la que se acepta que cabe indemnizar por daño moral conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil la privación del servicio de medicina privada a un menor de edad para cuya obtención se estaba pagando por su madre una prima<sup>589</sup>.

---

<sup>588</sup> Sobre el artículo 20 LCS, por todos, ALBANÉS, A. (2005), "Las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones en el contrato de seguro", *Revista Española de Seguros. Publicación doctrinal de Derecho y economía de los seguros privados*, julio-diciembre, números 123-124, volumen I, pp. 547 y 548, "cuando quien incumple o cumple defectuosamente es el asegurador, la ley especial sólo regula efectos de una conducta: la mora en el cumplimiento (art. 20). Y lo hace imponiendo de oficio una indemnización: el interés legal del dinero, con unos determinados recargos en función del tiempo transcurrido desde el siniestro. Pero ¿qué ocurre si esa indemnización no responde al principio de indemnidad? ¿y si la conducta del asegurador no fuera de mora, sino de incumplimiento culposo, doloso o de cualquier otra contravención del tenor de la obligación? Se trata de situaciones no previstas por el legislador, para quien el único incumplimiento posible del asegurador, al parecer, es el retraso en el pago de la prestación"; TIRADO SUÁREZ, F. J. (2008), "El contrato de seguro", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coordinador), *Derecho mercantil II*, Ariel, Barcelona, p. 697, "el art. 20 ha establecido el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por ciento; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés no podrá ser inferior al 20%"; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (2013), "La prevención de la responsabilidad: el seguro", en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (coordinadora), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 537, "[e]s reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 30/10/90, 31/03/92, 02/02/93, 26/07/94, 06/02/95, entre otras) la de que para aplicar las consecuencias del art. 20 LCS se precisa que el impago, transcurrido el plazo de tres meses que dicho precepto establece, ha de ser por causa no justificada o que fuere imputable a la entidad aseguradora, y esa justificación y falta de imputabilidad en la no realización del pago, dentro del plazo antes referido, existen cuando la determinación de la causa (culposa o no) de la producción del siniestro y, en consecuencia, de la exacta cantidad a abonar por vía de indemnización con base en aquélla, ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional competente ante la discrepancia existente entre las partes al respecto. El expresado recargo o incremento del veinte por ciento anual que establece el art. 20 LCS es una especie de «multa penitencial» que sólo puede exigirse cuando el impago de la indemnización correspondiente, dentro del plazo de tres meses de la producción del siniestro, obedezca a «causa no justificada o que fuere imputable al asegurador», ninguno de cuyos dos supuestos se dan en el presente caso litigioso, por lo que no procede la imposición de dicho recargo o incremento en el caso concreto aquí contemplado a partir de ningún momento [STS 04/11/96 (Tol 1658618)]".

<sup>589</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 421/2006, de 24 de octubre, FJ. 4º: "Los daños y perjuicios indemnizables según el artículo 1.101 del Código Civil incluye los daños morales (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984; 13 de diciembre de 1984; 16/2006, de 18 de enero de 2006). Si bien ante la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste, debe atenderse a las circunstancias concurrentes para proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal



Como mencionábamos al comienzo del epígrafe, es innegable la importancia que los contratos de seguro poseen en la actualidad por lo que puede sostenerse que las medidas recogidas en la legislación de seguros por incumplimiento de las entidades aseguradoras son insuficientes y así parecen entenderlo las Audiencias Provinciales que, como se ha señalado, no dudan en indemnizar los daños sufridos por el perjudicado con independencia de la indemnización que a éste le pueda corresponder conforme al artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

#### **6.2.11 Daño moral por incumplimiento de contrato laboral**

Como es sabido, el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores recoge los supuestos de extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador, contemplándose como justa causa en su apartado primero a) “[l]as modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”. Frente a estas situaciones, el mismo artículo indica en su apartado número dos que “[e]n tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente”, siendo actualmente la indemnización por despido improcedente de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (artículo 56.1 ET).

Ahora bien, la cuestión que aquí se plantea es si la indemnización recogida en el Estatuto de los Trabajadores por la extinción laboral provocada por las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que menoscaben la dignidad del trabajador es compatible con el resarcimiento de otros daños que deriven de dicha extinción laboral como, por ejemplo,

---

Supremo número 58/2006 de 10 de febrero de 2006). En el presente caso el daño moral es evidente al verse privada la madre con su hijo enfermo del servicio de medicina privada para cuya obtención estaba pagando una prima y tener que recurrir a la medicina pública”; en la misma línea, encontramos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 422/2006, de 15 de noviembre, FJ. 2º: “En el recurso de apelación deducido por la actora se interesa revocar el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de indemnización de los daños morales causados por el incumplimiento de la Aseguradora demandada que la Sentencia apelada justifica en su falta de prueba. La Sala acoge esta alegación porque del incumplimiento de la obligación que hemos imputado a la Aseguradora por la insuficiente e inadecuada reparación ejecutada en la cocina de la asegurada, hemos de concluir que ello provocó una evidente situación de sufrimiento e incomodidad en la actora dado el prolongado plazo de tiempo que estuvo sin reparar la cocina cuyo estado es deplorable (basta con leer el apartado de “análisis de los daños” contenido en el informe del perito designado judicialmente) lo que provoca su práctica inutilización. Es cierta la doctrina jurisprudencial referida en la Sentencia recurrida sobre la necesidad de la prueba del daño moral, más difícil aún que la prueba del daño estrictamente patrimonial, originado por el incumplimiento contractual, pero en el caso presente el mantenimiento de los daños de la entidad referida sin su reparación durante tan prolongado plazo de tiempo es suficiente para acreditar esa situación de sufrimiento e incomodidad padecidas por la actora ante la imposibilidad de dar uso adecuado a una dependencia tan importante en una vivienda como es la cocina”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 201/2008, de 31 de marzo, FJ. 3º: “Por más que los recurrentes pretendan disfrazar el dolor infligido a consecuencia del rechazo efectuado por la aseguradora, en el mismo recurso se vuelve a poner de relieve como daño moral el hecho de que se temiera por la vida de la madre”.

el daño moral. Ante esta posibilidad, un gran número de autores defienden que no cabe el otorgamiento de una indemnización por los daños surgidos en estas situaciones independiente a la contemplada por el Estatuto de los Trabajadores<sup>590</sup>.

En consecuencia, siguiendo la lógica expuesta, no sería posible estimar la existencia de daños morales por incumplimiento de contrato laboral. Sin embargo, otro sector doctrinal mantiene que si de la extinción laboral se desprende una vulneración de un derecho fundamental del trabajador este derecho debe ser protegido, siendo compatibles conforme al artículo 180.1 de la actualmente derogada Ley de Procedimiento Laboral<sup>591</sup> las

---

<sup>590</sup> En esta línea de pensamiento encontramos a DE MIGUEL LORENZO, A. M<sup>a</sup>. (1993), *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, p. 149, “[d]ecidida la extinción, la indemnización opera automáticamente sin necesidad de acreditar daños y perjuicios, porque éstos constituyen parte esencial de la causa resolutoria, de forma que su demostración conlleva la de aquéllos. Pero según la jurisprudencia tampoco cabe la obtención de una indemnización adicional, pues el Código Civil es Derecho supletorio y, frente a lo establecido en éste, el ET ha optado por un sistema de indemnizaciones tasadas, por lo que de existir perjuicios añadidos a los que la ley presume o requiere, quedan englobados y compensados mediante la indemnización recibida por la extinción del contrato”; CRUZ VILLALÓN, J. (2003), *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, pp. 655 y 656, “[l]a indemnización precedente constituye una predeterminación legal de la cuantía compensatoria de todo tipo de daños y perjuicios, sin que sea posible reclamar cantidades indemnizatorias adicionales, en base a daños morales o indemnizatorios de otro tipo. En algunas ocasiones, la jurisprudencia ha afrontado reclamaciones de daños y perjuicios sobre la base del artículo 1.101 CC, en virtud de la responsabilidad contractual de cualquiera de las partes de hacer frente a la correspondiente indemnización en caso de que contraviniera el tenor de sus obligaciones contractuales. Naturalmente, presupuesto del precepto es que el empleador incumpla con sus obligaciones contractuales. Es criterio del Tribunal Supremo que el referido incumplimiento litigioso, que es único, no puede generar una doble indemnización: una, en la esfera general del derecho civil y otra, en la particular y especial del Derecho del trabajo. La causa o motivo de la resolución contractual es única, y habiéndose producido ésta en la esfera laboral, regida por el Estatuto de los Trabajadores, a esta norma habrá de estarse en virtud del principio de aplicación preferente de disposiciones especiales, sin que quepa, tras agotar esta vía resolutoria con su contenido indemnizatorio tasado y, por lo tanto, no sujeto a prueba alguna, retornar, de nuevo, al Código Civil para, con fundamento en el mismo incumplimiento contractual ya agotado en sus consecuencias indemnizatorias, obtener un nuevo resarcimiento de daños y perjuicios”; MARÍN MORAL, I. (2011), “La indemnización por despido”, en MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coordinador), *Volumen IV, la extinción del contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 1484, “[l]a indemnización por extinción de contrato se caracteriza por ser tasada, de modo que el daño que pueda haber sido producido en el despido se compensa con el abono de una cantidad previamente fijada en el Estatuto de los Trabajadores (o pacto individual o colectivo que lo mejore) con la que queda finiquitada la relación laboral y los posibles perjuicios producidos sin que haya sido necesario probar dichos extremos. En este sentido la doctrina científica considera que con el sistema legal vigente de presunción de daño y la cuantificación de la reparación se produce un efecto de absorción sobre cualquier indemnización que el trabajador reclamase fundada en los mismos hechos que han servido de base para la estimación de la acción resolutoria. Por tanto, una vez resuelto el contrato de trabajo y abonada por el empresario la indemnización legal que correspondiera no sería válido reclamar una nueva indemnización por el mismo despido. En su vista podría concluirse que además del carácter tasado de la indemnización habría que decir que también tiene carácter excluyente frente a nuevas hipotéticas reclamaciones de daños producidas por el despido”.

<sup>591</sup> Art. 180.1 LPL: “1. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el

indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo tasadas en el Estatuto de los Trabajadores con cualesquiera otras indemnizaciones que estén dirigidas a resarcir la lesión de un derecho fundamental del trabajador<sup>592</sup>.

---

cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, que será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”.

<sup>592</sup> En este sentido, MARTÍNEZ FONS, D. (2005), “Comentario al art. 50 ET”, en DEL REY GUANTER, S. (director), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, pp. 1060 y 1061, “[l]a clara distinción del art. 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación derecho fundamental, sea la establecida en el art. 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores, pues, una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable, sea la de la extinción contractual y, otra muy distinta, es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles, como, así, se infiere de lo establecido en el art. 180.1 del texto procesal laboral mencionado. La modificación operada en el art. 181 de este último texto procesal por el art. 40-Dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al incluir, expresamente, en el texto del mismo “la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso” no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado”; ÁLVAREZ ALONSO, D. (2009), “Indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral (III): aspectos procesales”, *Actualidad Laboral*, N° 14, Sección Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 16 al 31 Jul. 2009 (revista-actualidadlaboral.laley.es), pp. 7 y 8, “[e]l ejercicio de la acción de extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador (50.1 ET) es compatible con la reclamación, en el mismo proceso, de la indemnización adicional derivada de la violación de derechos fundamentales. «[...] la actual doctrina unificada admite con rotundidad que la indemnización prevista en el art. 50 ET es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental (SSTS 17/05/06, dictada por el Pleno de la Sala, con voto particular que extiende la compatibilidad a los daños causados por cualquier género de incumplimiento empresarial; y 07/02/07, en obiter dicta). [...] en situaciones como la presente, en que se invoca la vulneración de un derecho fundamental como causa extintiva del contrato de trabajo, el daño a resarcir no es uno sólo, sino que son dos: a) de un lado la pérdida del empleo, que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada, la prevista en el art. 50 ET; y b) de otro, el daño moral que ha de producir —en términos generales— esa conculcación del derecho fundamental y que forzosamente ha de imputarse al infractor, a quien —además— le es exigible por tal consecuencia la indemnización prevista en el art. 1101 CC”; SEMPERE NAVARRO, A. V., CHARRO BAENA, P., MARTÍN JIMÉNEZ, R., MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2009), *Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 395, “[c]uestión distinta es el caso de extinción causal basada en una vulneración de derechos fundamentales (por ejemplo, acoso moral en el trabajo). El Tribunal Supremo ha admitido en tal circunstancia la compatibilidad entre la indemnización del art. 50 ET y la de vulneración de derechos fundamentales del 180 LPL, porque una responde a la extinción del contrato de trabajo y la otra a la lesión de un derecho fundamental. (STSud de 17 de mayo de 2006 [RJ 2006, 7176]). Aparte del daño que produce la conducta empresarial vejatoria, al obligar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (la pérdida del empleo), hay otro daño que debe también ser indemnizado (el sufrimiento moral y sus consecuencias psíquicas) y esos daños indemnizables son, como tales, independientes de la calificación jurídica del incumplimiento (constitucional o meramente contractual). Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Lo que está tasado en el ordenamiento laboral es la indemnización por extinción del contrato de trabajo;

La anterior hipótesis se ve reforzada, a nuestro juicio, con la actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo capítulo XI versa sobre la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. De esta forma, el artículo 177.4 de la mencionada Ley indica que la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas podrá dirigir pretensiones tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable. La víctima tendrá la opción de elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley.

Más concretamente, en lo relativo al daño moral, la Ley 36/2011 lo menciona expresamente en su artículo 179.3, donde recoge una flexibilización de los requerimientos de prueba exigidos a la víctima del mismo en comparación a aquellos casos en los que se proceda a la reclamación de daños patrimoniales. Esta flexibilización de prueba encuentra su origen directo en el ya comentado artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982<sup>593</sup>.

---

no las indemnizaciones por daños producidos al margen de esa extinción y que pueden concurrir con ella, que es necesario alegar y probar la cuantificación del mismo para evitar el enriquecimiento injusto de alguna de las partes”.

<sup>593</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. (2012), “El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la ley reguladora de la jurisdicción social”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVI, núm. 2142, mayo de 2012 ([www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)), p. 20, “[e]l tema de la indemnización ligada a la vulneración de derechos fundamentales ha sido abordado extensamente por el Tribunal Supremo cuya doctrina viene imponiendo al demandante la carga de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización pretendida, así como desplegar una actividad tendente a acreditar en el proceso indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria (SSTS de 22 de julio de 1996; 28 de febrero de 2000; 6 de abril de 2009; de 24 de junio de 2009). O, dicho de otro modo, no basta con que quede acreditada la lesión del derecho fundamental para que haya de condenarse automáticamente al pago de la indemnización, siendo preciso también que el demandante aporte al proceso elementos necesarios para que ello se produzca. Pues bien, es evidente que el legislador ha prestado atención a esta interpretación jurisprudencial al exigir en el artículo 179.3 la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, así como las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador. Pero además, se establece un régimen particularizado para el caso de los daños morales a los que la Ley considera “unidos a la vulneración del derecho fundamental”, (arts. 179.3 y 183.1), en línea con la doctrina constitucional que distingue entre perjuicios económicos perfectamente cuantificables (reducción salarial) y daños morales de más difícil cuantificación (maltrato, daño psicológico, atentado a la dignidad, desprestigio profesional) que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso y de los que en ocasiones no resulta factible aportar prueba concreta del perjuicio sufrido (STC 247/2006, de 24 de julio)”; LAHERA FORTEZA, J. (2012), “Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social”, *Relaciones Laborales*, nº 8, sección doctrina, Quincena del 15 al 30 Abr. 2012, Año 28, tomo 1 (<http://www.laley.es>), p. 3, “[l]a dinámica procesal de estas acciones indemnizatorias gira, así, desde el nuevo art. 179.3 LJS, sobre la alegación y prueba de indicios del daño causado para su reparación específica, pero desde criterios acordes con la tutela judicial efectiva que descartan pruebas diabólicas y de difícil cuantificación en los daños morales a la imagen, prestigio y mera oportunidad de la acción sindical. Este escenario procesal resulta equilibrado porque la parte demandada tiene el conocimiento y la oportunidad de defensa frente a la alegación de un daño, a la vez que el demandante ve relajadas las exigencias probatorias ante posibles daños morales de difícil, sino imposible, objetivización”.

No obstante, no se dilucida si es posible compatibilizar la indemnización por despido con una indemnización por vulneración de un derecho fundamental en el ámbito laboral. La Ley 36/2011 no soluciona las discrepancias doctrinales al respecto, pues hay autores que por un lado sostienen que defender la compatibilidad de ambas indemnizaciones sería contraria a la finalidad no resarcitoria del proceso<sup>594</sup>, mientras que otro sector manifiesta que la ausencia de límites en el articulado de la Ley permite la compatibilidad de ambos resarcimientos<sup>595</sup>.

A nuestro juicio, no existen obstáculos para admitir la compatibilidad de la indemnización por despido improcedente tasada en el Estatuto de los Trabajadores con una indemnización que pudiera corresponder por un daño ocasionado al honor y/o dignidad del trabajador<sup>596</sup>.

---

<sup>594</sup> De esta forma, GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2012), "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: garantías del procedimiento y contenido de la sentencia", *Relaciones Laborales*, Nº 8, Sección Legislación, Quincena del 15 al 30 Abr. 2012, Año 28, tomo 1 (<http://www.laley.es>), p. 12, "el problema se ha planteado en torno al art. 50 ET, mediante el cual el trabajador no reacciona frente a un acto extintivo empresarial, sino que solicita la extinción, por el órgano judicial, de la relación laboral que le une al empresario por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales inespecíficos, con base en la causa prevista en el art. 50.1.c, alusiva a cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario. En este caso, se ha apuntado la posibilidad de que podría llevarse a cabo su tramitación, al no disponer de una modalidad procesal específica, a través del proceso especial de tutela de derechos fundamentales. Si bien, ha venido entendiendo la doctrina que no parece factible, aun cuando esta interpretación parecería la más adecuada, acudir en este caso al procedimiento específico de tutela de los derechos fundamentales regulado ahora en los arts. 177 y ss. LJS, puesto que esta posibilidad choca con el obstáculo de la finalidad típica de este proceso, en el que no tienen cabida las pretensiones rescisorias. Por lo que habrá de acudir inexcusablemente al proceso ordinario".

<sup>595</sup> En esta línea de pensamiento encontramos a BLASCO JOVER, C. (2012), "Las novedades introducidas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social", *Actualidad Laboral*, Nº 15, Sección Estudios, Septiembre 2012, tomo 2 ([revista-actualidadlaboral.laley.es](http://revista-actualidadlaboral.laley.es)), p. 11, "[l]a indemnización se declara compatible, por lo demás, con las propias de la normativa laboral, derivadas, por ejemplo, de una modificación sustancial de condiciones o de la extinción del contrato de trabajo (art. 183.3 LRJS), aunque no con «la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal». En estos concretos supuestos, la petición indemnizatoria sólo podrá canalizarse ante el orden social si se hubiera «desistido de la primera o quedara sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido en plazo de prescripción de la acción en vía social» (art. 183.4 LRJS)".

<sup>596</sup> De la misma opinión, MORENO PÉREZ, J. M. (2004), "Algunas consideraciones procesales a la necesidad de hacer posible la compatibilidad de indemnizaciones por daños a derechos fundamentales del trabajador como persona, cuando se ha resuelto el contrato de trabajo. STS de 11 de marzo de 2004", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 75, p. 288, "[c]uestiones como la exclusividad o concurrencia de la jurisdicción social, junto a la civil; la manifiesta compatibilidad de acciones; la correcta identificación de la causa que determina los daños a indemnizar; o la diversidad de fundamentos y bienes jurídicos protegidos, no pueden ser obstáculo a la necesaria y justa indemnización de los efectos lesivos de los incumplimientos empresariales cuando además son agentes vulneradores de algún o algunos derechos fundamentales del trabajador como persona. En el ámbito de la viabilidad procesal, ciertamente tampoco han venido contribuyendo las rígidas y desfasadas construcciones judiciales y doctrinales que afirman justamente lo contrario"; GIMENO LAHOZ, R. (2005), *La presión laboral tendenciosa (mobbing)*, Universitat

---

de Girona, Girona, pp. 322 y 323, “[s]urge ahora la duda de si además de la indemnización tasada laboral – por la extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador por un incumplimiento empresarial grave ex art. 50 E.T., y la prestación de Seguridad Social correspondiente en su caso, cabe ser indemnizado por estos daños sufridos. En mi opinión, no debería haber ninguna duda para dar una respuesta afirmativa, clara y tajante. Y la fundamentación de ello se encontraría en que las consecuencias de una presión laboral tendenciosa, en muchas ocasiones, no se circunscriben al ámbito laboral, sino que afectan al ámbito interno de la persona. Si los ordenamientos actuales –como el nuestro– encuentran sus bases jurídicas en grandes máximas de la sociedad romana, bueno es recordar que el comportamiento social romano se sustentaba en dos pilares jurídicos: no causar daño a los demás (*neminem non laedere*), y la obligatoriedad de cumplir los pactos (*pacta sunt servanda*). Este recordatorio se debe a que con el paso del tiempo, estos pilares han dado lugar al nacimiento de la responsabilidad para el causante del daño causado. Con la acción civil de resarcimiento de daños materiales y morales a la persona, nos situaríamos dentro de la obligación “*neminem non laedere*”; en la obligación de que, más allá de los contratos que se firmen, no se podrá hacer daño a los demás. En consecuencia, y ya por conexión con el derecho romano, se trataría de una acción extracontractual, independiente del contrato firmado”; SERRANO OLIVARES, R. (2006), “La indemnización por los daños y perjuicios derivados del acoso moral: una lectura constitucionalmente orientada de la responsabilidad civil por daños”, en PUMAR BELTRAN, N. (coordinadora), *La responsabilidad laboral del empresario : siniestralidad laboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, p. 267, “[e]n nuestra opinión, sin embargo, habría que distinguir dos niveles o planos distintos. Una cosa es que la indemnización esté tasada en su cuantía respecto de un determinado tipo de daño ocasionado y otra cosa distinta es que tal indemnización “tasada” deba ser necesariamente única. Partiendo de esta distinción, consideramos que existen contundentes argumentos jurídicos para excluir la equiparación entre indemnización tasada e indemnización única, y, por tanto, para reconocer indemnizaciones adicionales basadas en la afectación a derechos o bienes jurídicos distintos a los tomados en consideración por el legislador a la hora de tasar la indemnización pertinente, resultando más discutible, en cambio, la posibilidad de admitir una indemnización adicional tendente a compensar el daño efectivamente producido cuando la cuantía de ese concreto daño ha sido tasada legalmente. Empecemos por analizar la posibilidad de reconocer una indemnización adicional a la prevista en el art. 50.2 TRLET por los daños y perjuicios derivados de la lesión de derechos fundamentales. En este punto, es preciso atender, en primera instancia, al tipo de perjuicio que se está tomando en consideración por la norma laboral a la hora de tasar la indemnización, de modo que, en principio, sólo cabrían indemnizaciones adicionales que atendieran a fundamentos valorativos distintos de los acogidos por el legislador. Por tanto, siendo razonable entender que no es posible pretender beneficiarse al mismo tiempo de la norma especial y de la norma general, tal conclusión debe circunscribirse, en todo caso, a las reclamaciones relativas al mismo tipo de perjuicio o daño o al mismo bien jurídico protegido por la norma laboral. En efecto, cuando el incumplimiento empresarial consiste en la lesión de derechos fundamentales, es posible advertir un doble fundamento indemnizatorio: por un lado, desde una perspectiva estrictamente contractual, el incumplimiento empresarial lleva aparejada una indemnización – tasada legalmente – que se dirige a resarcir la pérdida de empleo inducida por el incumplimiento – despido indirecto –, y, por otro, desde una perspectiva cuasi-pública, el incumplimiento empresarial lesivo de los derechos fundamentales trasciende la propia relación laboral individual y por ello exige necesariamente una reparación de las consecuencias del acto ilícito, siendo los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso distintos”; GINÉS I FABRELLAS, A. (2008), “La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios. Comentario a la STS, 1ª, 20.9.2007 (La Ley 6828; MP: Luis Fernando de Castro Fernández)”, *Indret*, 1/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 9, “[l]a vinculación de la compatibilidad de ambas indemnizaciones con la vulneración, única y exclusivamente, de un derecho fundamental es una posición errónea desde mi punto de vista. Coincidiendo con el voto particular incluido en la sentencia comentada, debería extenderse la compatibilidad de indemnizaciones a los daños causados por cualquier género de incumplimiento empresarial, sin necesidad de mediar vulneración de derecho fundamental”; MORALES ORTEGA, J. M. (2009), “La incidencia de la Ley de Igualdad sobre la acumulación de acciones y la indemnización por daños y perjuicios”, *Actualidad Laboral*, Nº 3, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Feb. 2009, Año XXV,

Esta opinión se sustenta principalmente en el hecho de que una indemnización tasada no excluye, salvo que la ley lo indique, la posibilidad de percibir otras indemnizaciones diferentes siempre y cuando se den todas las circunstancias y requisitos para ello, a excepción de la incompatibilidad con la acción de daños y perjuicios derivada de delito (o falta cometida antes de la derogación de 2015 del Libro III del Código Penal) en un procedimiento penal (artículo 183.4 Ley 36/2011), máxime si además existe como en la presente situación una ley que contempla la protección de los derechos fundamentales del trabajador. Esta posición se encuentra además reforzada por la admisión por parte de la jurisprudencia española de indemnizaciones diferentes a las tasadas por la normativa especial.

Sin embargo, la Sala cuarta del Tribunal Supremo desde un principio viene considerando que la indemnización tasada del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores es incompatible con cualquier otra indemnización por daños derivados de la extinción de la relación laboral. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1997 determina que no procede la aplicación del artículo 1101 del Código Civil cuando la materia se encuentra regulada expresamente en el Estatuto de los Trabajadores<sup>597</sup>.

Aunque el Alto Tribunal se muestra tajante en no permitir la compatibilidad de indemnizaciones en estas situaciones, esta jurisprudencia se ha visto matizada con el transcurrir del tiempo, permitiéndose por la Sala cuarta la compatibilidad de la indemnización tasada del Estatuto de los Trabajadores con aquellas otras indemnizaciones que deriven de la vulneración de un derecho fundamental del trabajador causada por la extinción laboral, produciéndose con ello un acercamiento a la línea jurisprudencial de la Sala primera de este Tribunal<sup>598</sup>. De este modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de

---

tomo I (revista-actualidadlaboral.laley.es), p. 7, “lo ideal hubiese sido, por los argumentos que se han vertido, que el legislador hubiese reconocido, sin paliativos ni cautelas, la posibilidad de acumular a la acción de despido la de tutela de los derechos fundamentales”.

<sup>597</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1997, Sala cuarta, FJ. 4º, “[e]s cierto que el artículo 1124, al igual que el artículo 1101 del CC, en el que el trabajador fundamenta su pretensión, contienen reglas generales en materia de obligaciones, pero no lo es menos que su aplicación al contrato de trabajo lo es tan sólo con carácter supletorio, por lo que su aplicación no procede cuando la materia está regulada expresamente, como acontece en el supuesto examinado, en el Estatuto de los Trabajadores”; Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2004, Sala cuarta, FJ. 2º, “puede condensarse su argumentación señalando –tal como asimismo sostiene la doctrina científica más autorizada– que en nuestro Derecho positivo la indemnización por despido improcedente (a la que el art. 50.2 del ET asimila la que devenga la resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimientos relevantes del empresario) es una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen «*ex lege*» por el hecho del despido improcedente o de la resolución contractual que nos ocupa, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar”, Sentencia comentada en BECH SERRAT, J. M. (2004), “SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2004: Responsabilidad civil por accidentes de trabajo. Jurisdicción competente. Culpa. Compatibilidad con las indemnizaciones laborales”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, año 2004, Nº 66, págs. 1257-12.

<sup>598</sup> A modo de ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo número 314/1999, de 10 de abril, Sala primera, FJ. 1º, “[l]a referida desigualdad por razón del sexo la prohíbe el artículo 14 de la Constitución y la misma legislación civil, en virtud de la modificación del Código operada por Ley de 13 de mayo de 1981. La

mayo de 2006 mantiene que en las situaciones de extinción contractual con violación de derecho fundamental no puede sostenerse que la única indemnización posible sea la establecida en el Estatuto de los Trabajadores<sup>599</sup>.

---

doctrina constitucional la censura de forma reiterada ante la ausencia de razones objetivas que razonablemente pudieran justificarla, a lo que se puede añadir la Directiva (CE 97/80), de 15 de diciembre de 1997, referente a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón del sexo. El reproche culpabilístico lo viene a establecer la sentencia recurrida en cuanto declara que surgió una «lógica y natural situación de conflictividad» sin sentar prueba alguna de actuaciones imputables directamente a la que recurre, así como que el rechazo de sus reclamaciones se hubiera justificado en forma suficiente y convincente, viniendo el Tribunal de instancia a reconocer de forma expresa que su padecimiento psíquico resultó objetivo y cierto y no inventado por ella. La conducta culposa de la empresa se aprecia como suficientemente probada, tanto por sus propias actuaciones, directamente lesivas para la trabajadora, como por la de sus directivos y empleados, conforme a lo que se deja dicho. Es de tener en cuenta que los comportamientos discriminatorios generaron o aceleraron la depresión que afecta a la recurrente, por representar un sufrimiento continuado e incesante, capaz de perturbar la armonía psíquica de una persona, dada la intensa presión laboral que hubo de soportar hasta que el contrato se extinguió y cuyos efectos perturbadores no son fáciles de superar, por presentarse en la mayoría de los casos como persistentes e incesantes, máxime cuando se trata de una trabajadora que se encontraba realizada en la ocupación que desempeñaba y que, en definitiva, conduce a pensar que hubo de sentirse fracasada como mujer, en su posición de dependiente de personas ajenas, para las que les prestaba el trabajo que había asumido. Concorre a su vez relación causal suficiente que acredita el informe pericial como se deja reseñado, al resultar influyentes e intensas en su situación anímica las vivencias laborales negativas que le afectaron. El motivo procede, así como el segundo que cita la jurisprudencia que resulta de aplicación, por lo que esta Sala ha de asumir funciones de instancia y resolver la controversia, conforme autoriza el artículo procesal 1715.3º, la que decide en el sentido de que la estimación de la demanda ha de ser en forma parcial, fijando en tres millones de pesetas la indemnización suplicada, al atenderse a que la sentencia combatida decreta, con condición de hecho probado, que el padecimiento psíquico de referencia resulta «agravado por su personalidad», y la problemática, como informa el perito, viene sobrevalorada e hipertrofiada en sus consecuencias, así como que fue a partir del año 1989 cuando se detectó la intensidad de la situación conflictiva instaurada”, Sentencia comentada en FERNÁNDEZ ARÉVALO, Á. (1999) “Indemnización por daños derivados de depresión de trabajadora por trato económico discriminatorio de la empresa por razón de su sexo. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? Comentario a la STS de 10 abril 1999 (RJ 1999, 1912)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, año 1999, Nº 3, págs. 289-296; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., TASCÓN LÓPEZ, R. (2000), “Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que discriminaba por razón de sexo (comentario a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 6, págs. 1944-1956.

<sup>599</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, sala cuarta, FJ. 4º, “[a]unque esta Sala no desconoce el criterio mantenido por la misma en su sentencia de 11 de marzo de 2004 –rec. 3994/02 –, dictada en Sala General, es lo cierto, sin embargo, que en el caso que hoy ocupa su atención enjuiciadora y según, manifiestamente, se desprende no solo del relato de hechos probados, sino más singularmente, de la propia demanda de autos y de su *petitum* y del escrito de interposición del recurso de suplicación no resulta, en modo alguno, rechazable el afirmar que junto al ejercicio de la acción extintiva del contrato de trabajo, conforme al art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, se invoca la lesión de un derecho fundamental, manifestada en el acoso laboral en los términos previstos en los artículos 181 y 182 del vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que no es otro que el de la dignidad personal que constituye la base y fundamento de todos los derechos y libertades fundamentales y que, expresamente, se recoge en el art. 10 de la Constitución Española, la que, a su vez, en sus arts. 14 y 15 reconoce el derecho básico a la no discriminación y a la integridad moral, rechazando el sometimiento a tratos inhumanos y degradantes. Resulta del mayor interés resaltar que, en el presente caso, desde un



---

principio, se invoca de forma clara y palmaria, la vulneración de un derecho fundamental, en base a lo que se postula la extinción del contrato laboral, debiendo significarse que el trabajador demandante aduce, como consecuencia de tal violación, una situación personal de trastorno adaptativo ansioso-depresivo, provocado por estrés laboral, cuya indemnización postula, juntamente, con la correspondiente a la extinción contractual planteada. De aquí que no se modifique el criterio jurisprudencial recogido en la precitada sentencia de Sala General, de fecha 11 de marzo de 2004, toda vez que, en la misma, se enjuició una situación de extinción contractual respecto de la que, además, de la indemnización tasada, prevista en el Estatuto de los Trabajadores, se postulaba otra indemnización con base en el artículo 1101 del Código Civil, sin que, en cambio, se solicitase, expresamente, la protección judicial por violación de un derecho fundamental. La clara dicción del artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores, pues, una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable, sea la de la extinción contractual y, otra muy distinta, es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles, como, así, se infiere de lo establecido en el artículo 180.1 del texto procesal laboral mencionado. La modificación operada en el artículo 181 de este último texto procesal por el artículo 40-Dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al incluir, expresamente, en el texto del mismo «la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso» no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado”; Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007, Sala cuarta, FJ. 2º, “[e]n efecto, es cierto que esta Sala ha sostenido en diversas sentencias la doctrina que se mantiene en el recurso según la cual el art. 50 del ET es el precepto laboral que sustituye al art. 1101 del Código Civil en cuanto se trate de reclamar una indemnización por daños y perjuicios derivados de una actuación empresarial incumplidora de obligaciones tan importantes como el pago puntual de los salarios, el respeto a las condiciones laborales de los trabajadores o las demás que puedan tener encaje en dicho precepto, y por ello ha resuelto que no puede un trabajador que ya obtuvo aquella indemnización solicitar una nueva de su empresario fundada en la misma causa. Ello es así y puede verse reflejada esta doctrina no solo en la STS de 11 de marzo de 2004 (Rec. 3994/02) que se ha citado como contradictoria sino en otras anteriores y posteriores como la STS de 3 de abril de 1997 ( Rec. 3455/96) o la posterior de 25 de noviembre de 2004 ( Rec. 6139/03 ), en todas las cuales, contemplando supuestos semejantes al aquí enjuiciado, se señalaba cómo «la pretensión resolutoria de contenido indemnizatorio tasado ejercitado con amparo en la norma específica de carácter resolutivo contenido en el artículo 50 ET satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario, y la aplicación de esta norma específica del derecho del trabajo debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común. Como sienta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a previsiones de la misma naturaleza del derecho común». 3. –Tal doctrina reiterada es la que se ha aplicado a los incumplimientos empresariales derivados de la Ley ordinaria laboral o de las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo, pero la propia doctrina de esta Sala ha introducido una excepción, como puede apreciarse en la reciente sentencia, también dictada en Sala General, de fecha 17 de mayo de 2006 (Rec. 4372/04). La excepción se produce cuando se alega y se acredita que el incumplimiento empresarial no solo encierra la infracción de un precepto de Ley ordinaria laboral sino que, además, constituye la infracción de un precepto de rango constitucional, pues en tal caso se entiende –al igual que se ha dicho en relación con los despidos anticonstitucionales «ex» art. 55 ET entre otras en SSTs de 23-3-2000 (Rec. 362/99) o 12-6-2001 (Rec. 3827/00), siguiendo la línea marcada por el Tribunal Constitucional en el mismo sentido, como puede apreciarse en Auto 897/99, de 14 de diciembre dictado por el Pleno de dicho Tribunal– que el art. 50 ET no cubre las exigencias indemnizatorias derivadas de tal situación, sino que cuando se alega y se resuelve que la conducta empresarial que dio origen a aquella resolución indemnizatoria constituye un atentado a un derecho de los

Si bien esta evolución jurisprudencial es positiva, sin embargo, en coherencia con la opinión que reflejábamos anteriormente, debe estimarse insuficiente. Las indemnizaciones tasadas no deben ser obstáculo para poder apreciar indemnizaciones por daños derivados del despido, siempre y cuando se den los requisitos materiales y procesales para poder apreciar la existencia de tales daños, con independencia de que los mismos recaigan o no sobre un derecho fundamental del trabajador. Es más, como hemos visto en capítulos anteriores, la no admisión del daño moral por incumplimiento de contrato laboral supone una de las principales diferencias entre la jurisprudencia francesa<sup>600</sup> y la jurisprudencia española en lo que al resarcimiento de los daños no patrimoniales contractuales se refiere.

#### 6.2.12 Daño moral por incumplimiento de compraventa mercantil

De acuerdo con el artículo 329 del Código de Comercio surge la duda de si en la referencia literal que se realiza en su texto a la posibilidad de percibir indemnización por los perjuicios que se hayan irrogado por la tardanza en la entrega del vendedor<sup>601</sup> podemos entender incluido o no el daño moral. Para ello, antes debemos entrar a valorar las diferencias que presenta el Código de Comercio con los artículos 1101 y ss. del Código Civil pues, como nos recuerda VICENT CHULIÁ, “[e]l concepto legal de compraventa mercantil resulta de integrar el concepto civil con las especialidades señaladas por el

---

reconocidos como fundamentales, ya no juega sólo aquella indemnización tasada, sino que es posible reclamar la indemnización añadida de daños y perjuicios que procedan presupuesta la alegación y prueba de que tales mayores daños tienen su origen en aquella conducta no sólo ilegal sino inconstitucional del empleador”.

<sup>600</sup> Al respecto, recuérdese las Sentencias citadas en el capítulo segundo: Sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de diciembre de 2013; Sentencia de la *Cour d'appel de Rennes* de 13 de septiembre de 2007; Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 26 de febrero de 2013.

<sup>601</sup> GAY DE MONTELLÁ, R. (1936), *Código de Comercio español comentado (legislación, jurisprudencia y derecho comparado)*, tomo III, volumen I, Bosch, Barcelona, p. 184, “[s]i el vendedor, dice el artículo 329 del Código de Comercio, no entregare en el plazo estipulado los efectos vendidos, podrá el comprador pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con indemnización en uno y otro caso de los perjuicios que se le hayan irrogado por la tardanza”; ORTI VALLEJO, A. (2002), *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, p. 26, “[e]l C de com. no puede ser más claro al respecto, cuando en el art., 336, 3.º establece que el comprador podrá optar por la rescisión o por el cumplimiento, pero siempre con la indemnización. Esta ampliación de la responsabilidad por daños se justifica en que el vendedor asume el compromiso de todo deudor de desplegar la diligencia debida con arreglo a las normas generales, para proporcionar al comprador la cosa en las condiciones exigibles”; SECO CARO, E. (2008), “Contenido, incumplimiento y extinción del contrato mercantil de compraventa”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coordinador), *Derecho Mercantil II*, Ariel, Barcelona, p. 329, “[e]l comprador puede pedir la rescisión del contrato o el cumplimiento del mismo, y, en ambos casos, la indemnización de daños y perjuicios. En el mismo sentido se pronuncia el art. 330 en su parte final. El artículo 329 da opción al comprador para solicitar el cumplimiento en lugar de la rescisión. El vendedor, aun cuando la cosa se hubiese destruido (salvo que fuera específica) deberá entregar otra de la misma especie o calidad. Si el cumplimiento es imposible el comprador no deberá el precio, y tendrá derecho a la correspondiente indemnización por los perjuicios sufridos”.

Código de Comercio”<sup>602</sup>. La principal diferencia reside en que el Código de Comercio no exige la apreciación de dolo para poder estimar la existencia de daños. VALPUESTA GASTAMINZA explica esta situación del siguiente modo, “[a] diferencia de lo establecido en el artículo 1101 CC, el artículo 329 CC no exige incumplimiento culpable o doloso de su obligación por el vendedor, sino que basta con que desatienda su prestación de entrega para que se origine el derecho del comprador a ser resarcido de los daños o perjuicios que con tal inobservancia se le hayan causado, sin que sea necesario requerimiento judicial o extrajudicial alguno para que el comprador pueda dirigir su acción en reclamación de los mismos; en efecto, desatendida por el vendedor su obligación de entrega, el artículo 329 faculta al comprador para, a su elección, pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización, en ambos casos, de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado, los cuales, en todo caso, deberá acreditar”<sup>603</sup>.

El Tribunal Supremo sostiene, por su parte, que el artículo 329 del Código de Comercio no exige el cumplimiento doloso o culpable de las obligaciones que residen en la figura del vendedor, sino que bastará con que éste no cumpla con su obligación de entrega para que el comprador pueda reclamar daños y perjuicios, siempre y cuando pueda probarse la existencia de los mismos<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> VICENT CHULIÁ, F. (1974), “Delimitación del concepto de compraventa mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 50, número 500, p. 76; MURILLAS ESCUDERO, J. M. (1999), “Distinción de la compraventa civil y mercantil en la jurisprudencia”, *Aranzadi Civil-Mercantil vol. II (Estudio)* (BIB 1999/1380), (www.westlaw.es), p. 5, “[c]on la actual regulación presente en el CC y en el CCom, depende de la calificación jurídica otorgada al contrato de compraventa que los resultados obtenidos sean diferentes, contradictorios en algunas ocasiones, cuando es la realidad la que se encarga de demostrar que en el tráfico jurídico económico existe una categoría única de la institución”.

<sup>603</sup> VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2012), *Código de Comercio y legislación complementaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 157; SECO CARO, E. (2009), *El contrato mercantil de compraventa*, Marcial Pons, Madrid, pp. 251 y 252, “[a] diferencia de lo establecido en el art. 1101 del Código Civil, el art. 329 del Código de Comercio no exige incumplimiento culpable o doloso de su obligación por el vendedor, sino que basta con que desatienda su prestación de entrega para que se origine el derecho del comprador a ser resarcido de los daños o perjuicios que con tal inobservancia se le hayan causado, sin que sea necesario requerimiento judicial o extrajudicial alguno para que el comprador pueda dirigir su acción en reclamación de los mismos; en efecto, desatendida por el vendedor su obligación de entrega, el art. 329 faculta al comprador para, a su elección, pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización, en ambos casos, de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado, los cuales, en todo caso, deberá acreditar (STS de 19 de septiembre de 1988). Hay que resaltar el último inciso. No serán indemnizables los perjuicios cuando no se apruebe adecuadamente la cuantía real de los que se hubieren producido. Si el cumplimiento es imposible, el comprador no deberá el precio y tendrá derecho a la correspondiente indemnización por los perjuicios sufridos”.

<sup>604</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 562/2002, de 11 de junio, FJ. 2º, “[a] diferencia de lo establecido en el artículo 1101 del Código Civil, el artículo 329 del Código de Comercio no exige incumplimiento culpable o doloso de su obligación por el vendedor, sino que basta con que desatienda su prestación de entrega para que se origine el derecho del comprador a ser resarcido de los daños o perjuicios que con tal inobservancia se le hayan causado, sin que sea necesario requerimiento judicial o extrajudicial alguno para que el comprador pueda dirigir su acción en reclamación de los mismos; en efecto, desatendida por el vendedor su obligación de entrega, el artículo 329 faculta al comprador para, a su elección, pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización, en ambos casos, de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado, los cuales, en todo caso, deberá acreditar ( SSTS de 19 de

En cualquier caso, a efectos prácticos, la dificultad procesal de exigir daños por el comprador no varía sustancialmente entre una compraventa civil y una compraventa mercantil, pues en ambos supuestos donde el comprador encontrará el mayor escollo no será en la demostración de la existencia de dolo en la actividad del vendedor, sino en probar la existencia del daño padecido, especialmente si pretende reclamar daños no patrimoniales, por la dificultad probatoria que, como es sabido, es intrínseca a su naturaleza<sup>605</sup>.

---

septiembre de 1988)”; Sentencia del Tribunal Supremo número 471/2003, de 14 de mayo, FJ. 1º, “es errónea la tesis de la recurrente de que el precepto en cuestión presuma iuris et de iure los daños, relevando de su prueba. El texto legal concede al comprador, ante el incumplimiento del vendedor, la facultad de resolver el contrato o pedir su cumplimiento, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios irrogados, es decir, éstos se circunscriben «a los que se hayan irrogado». Es evidente que la concreción de qué perjuicios ha sufrido el comprador es una tarea que a él sólo le incumbe, el art. 329 CCom no le releva de ninguna prueba”, Sentencia comentada en SOLER PRESAS, A. (2004), “SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2003. Determinación de la indemnización debida por el vendedor que no entrega la mercancía”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 64, págs. 133-148.

<sup>605</sup> Como muestra de lo indicado: Sentencia del Tribunal Supremo número 1249/1998, de 31 de diciembre, FJ. 2º, “[l]os motivos primero, segundo y tercero del recurso, todos con cobertura en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -uno, por infracción de los artículos 329 del Código de Comercio y 1101 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial detallada en el motivo siguiente, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada debió acceder al abono de la indemnización solicitada, ya que, mediante el dictamen pericial, ha quedado demostrado el «quantum» de los daños y perjuicios; otro, por transgresión de la jurisprudencia contenida en las Sentencias de 9 mayo 1984, 27 junio 1984, 5 junio 1985, 5 octubre 1992 y 22 octubre 1993, debido a que, según denuncia, la Audiencia no ha tenido en cuenta la doctrina de que es connatural la existencia de daños y perjuicios cuando se trata de un incumplimiento contractual oneroso; y el restante, por violación del artículo 610 de la Ley Rituaria, toda vez que según aduce, la resolución de apelación no ha razonado la no consideración del dictamen pericial emitido- se examinan conjuntamente, por su unidad de planteamiento, y se estiman por las razones que se dicen seguidamente, si bien, como cuestión previa, procede manifestar que la recurrente ha incurrido en el defecto de técnica casacional de cobijar el motivo tercero en el número 4 del artículo 1692, cuando la alegación de la vulneración de normas procesales ha de hacerse valer por el cauce del número 3 de dicho precepto, aunque, pese a la anomalía, con seguimiento de la doctrina constitucional sentada sobre esta temática, se entra aquí en el análisis del motivo para evitar la indefensión de dicho litigante. Esta Sala tiene reiteradamente declarado, aparte de otras, en Sentencias de 5 junio 1985, 9 mayo y 27 junio 1984, y 22 octubre 1993, que, por regla general, el incumplimiento, cuando así se declara, es «per se» de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que las controversias de los contratantes no tienen ninguna repercusión, sin que, por otra parte, sean equiparables los supuestos en que hay ausencia total de prueba respecto a la realidad de los daños y perjuicios y aquellos otros en los que la falta de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños que se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía”; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984, Cons. 3º, “que si bien esta Sala ha declarado con reiteración que el mero incumplimiento contractual no genera por sí sólo, el deber de indemnizar, en cuanto indemnizar supone resarcir un daño o perjuicio sufrido y no obtener una ventaja o provecho que el fiel incumplimiento del contrato no hubiera reportado, no es menos cierto, como se deduce de la sentencia de esta Sala de 9 mayo 1984, que, por regla general, el incumplimiento puede constituir «per se» un perjuicio un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que las contravenciones de los contratantes no tiene ninguna repercusión”, Sentencia comentada en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1984), “Cláusula rebus sic

Por todo ello, podemos concluir que cabe la posibilidad de estimar la existencia de daño moral por incumplimiento del contrato de compraventa mercantil derivado de la falta de entrega del vendedor a través del artículo 329 del Código de Comercio cuando dicho daño pueda ser probado por el comprador<sup>606</sup>.

### **6.3 Puntos clave del tratamiento e interpretación del daño moral por incumplimiento del contrato en la jurisprudencia española**

#### **6.3.1 Indemnizaciones simbólicas**

Sobre las valoraciones que realizan los tribunales españoles del daño moral cabe desatacar los supuestos conocidos como indemnizaciones simbólicas, entendiéndose por tales aquellas indemnizaciones que por su escasa cuantía hace imposible pensar que las mismas tengan un fin reparador de los daños causados. Así, GÓMEZ POMAR defiende que el propósito perseguido en estas situaciones es sancionar conductas cuyo impacto patrimonial es muy escaso con la imposición de una indemnización por daño moral<sup>607</sup>. Existen resoluciones del Tribunal Supremo en las que estas indemnizaciones son admitidas, entre otros, porque para que el Alto Tribunal pueda valorar el *quantum* de la indemnización es necesario que se aprecie en la decisión del órgano juzgador de instancia motivos suficientes que lleven a pensar que se ha dado un incumplimiento o una defectuosa aplicación de

---

stantibus y resolución de los contratos. La prueba de los daños y perjuicios. El documento auténtico en casación”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 6, págs. 1911-1918.

<sup>606</sup> En este sentido, a modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia número 374/2012, de 26 de julio, FJ. 2º, “[d]istinto tratamiento debe obtener la reclamación por daños morales, ya que en el ámbito de una compraventa mercantil, pues efectivamente la actora adquiriría de la demandada las latas para revenderlas, aun conteniendo aceite, a sus clientes, lo que recae en la órbita de aplicación del art. 325 del CCM, lo ocurrido supuso la producción de un evento absolutamente enmarcable en el riesgo que toda fabricación de productos para alimentos conlleva, sin que al perjuicio económico representado por esa deficiencia deba adicionarse una clase de daño como el moral que viene a significar un sufrimiento añadido al anterior, pero de raíz psicológica o temperamental, esto es, el especial estado de padecimiento a las personas que ciertas contravenciones contractuales generan. No es el caso del fracaso de un negocio, pues, debe reiterarse, las relaciones mercantiles alojan siempre el riesgo de que un producto sea rechazado en el mercado, sin que ello influya especialmente en el aspecto somático de quienes gestionan las empresas afectadas por tal evento, el mismo sí compensable mediante la indemnización adecuada al daño sufrido, como establece el genérico art. 1101 del CC”.

<sup>607</sup> GÓMEZ POMAR, F. (2005), “El sudor de la frente y el daño moral. Comentario a la STS, 1ª, 22.9.2004”, *Indret* 1/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 8, “[e]n las páginas de Indret, ya hace unos años, avancé la hipótesis de que el Tribunal Supremo emplea con frecuencia la condena a indemnizar el daño moral para sancionar conductas (socialmente o, cuanto menos, en su criterio de lo que la sociedad considera) reprobables, pero que el propio Tribunal entiende que causan típicamente, o en las concretas circunstancias del caso un impacto patrimonial negativo bajo o muy bajo, o difícilmente evaluable. Probablemente nos encontramos aquí ante una muestra más de esa actitud, si bien expresada en un caso alejado de los que habían venido siendo el núcleo central (aunque ya en los últimos años han proliferado otros grupos de casos, como los de pérdida de oportunidad de recursos procesales, o lucro cesante de personas jurídicas) de asuntos en los que la función sancionadora -o sustitutiva de los daños patrimoniales reducidos o recónditos- de los daños morales era más patente: las agresiones sexuales y las muertes de personas sin ingresos”.

nuestro ordenamiento jurídico a la hora de fijar la indemnización, es decir, que se haya cometido un error de Derecho.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1989 y de 25 de febrero de 2011 son ejemplos en los que la indemnización del daño moral es puramente simbólica. En la Sentencia de 1989 se confirma que la decisión del juez de fijar una indemnización simbólica por daño moral resulta ajustada a Derecho por no haberse acreditado circunstancias especiales que determinen su valoración<sup>608</sup>, mientras que en la Sentencia de 2011 se sostiene que la fijación de la cuantía de la indemnización se ha realizado de atendiendo a las circunstancias personales y sociales de los demandantes por lo que las indemnizaciones concedidas no pueden ser tachadas de simbólicas<sup>609</sup>.

En cuanto a los posibles motivos que llevan a los tribunales de instancia a la fijación de estas indemnizaciones por daños morales, la doctrina mayoritaria se decanta básicamente por dos posibles explicaciones. Primero, que estas indemnizaciones tengan el único fin de que se produzca el reconocimiento del daño sufrido, ya que el simple reconocimiento en sede judicial del mismo podrá considerarse como resarcimiento de éste<sup>610</sup>. Segundo, que la

---

<sup>608</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1989, FJ. 5º: “No ha resultado acreditada la concurrencia en el caso concreto de circunstancias especiales que determinen una valoración del daño moral, y de aquí, que el razonamiento del juez de fijar por tal concepto «una cantidad meramente simbólica» resulte ajustado a derecho, todo lo cual, viene a determinar el rechazo del segundo motivo, ante la inexistencia de la infracción que lo configura”.

<sup>609</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 126/2011 de 25 de febrero, FJ. 3º: “La parte recurrente pretende la modificación de la cuantía de la indemnización en atención a los índices de audiencia del tipo de programas en el que se produjeron las manifestaciones atentatorias del honor de los demandantes, considerando la indemnización concedida por la Audiencia Provincial irracional y simbólica. Sin embargo, no existe prueba en el procedimiento relativa a los índices de audiencia de los programas cuestionados. La fundamentación de este motivo de casación es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, pues no se aportan datos objetivos o precedentes que, en aplicación de los criterios previstos en la LPDH, sean suficientes para justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en la LPDH, la notoria desproporción de la indemnización concedida, o su falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares. La fijación de la cuantía de la indemnización se ha realizado atendiendo a las circunstancias personales y sociales de los demandantes, la gravedad de las manifestaciones efectuadas y el medio en el que se realizaron estas. Se ha atendido también al hecho de que la parte demandada, pudiendo hacerlo, no aportó datos sobre determinados factores que según el artículo 9 LPDH pueden ser reveladores de la gravedad de la lesión efectivamente producida y deben ser tenidos en cuenta para la determinación del importe de la indemnización, como la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido la lesión y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma (artículo 9.3 LPDH). Por todo ello, el recurso de casación ha de ser desestimado considerándose que las indemnizaciones concedidas no pueden ser tachadas de simbólicas, sino ajustadas al tipo de indemnizaciones concedidas en estos casos”.

<sup>610</sup> MARTÍN CASALS, M. (1990), “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor”, en SALVADOR CODERCH, P. (director), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 394 y 395, “[a] diferencia del derecho anglo-americano nuestro Ordenamiento no admite indemnizaciones simbólicas que tengan por finalidad declarar derechos (*nominal damages*). Para ello ya existe la acción declarativa. Si dejamos a un lado la posibilidad de resarcimiento en forma específica, cuando no hay indemnización es porque no hay daño; y si lo hay, deberá haber una indemnización, es decir, una *compensación* pecuniaria. Cuestión distinta es que, de modo

intención de los tribunales sea la del resarcimiento efectivo de los daños producidos como con cualquier otro tipo de indemnización, es decir, que el daño reconocido no implique mayor perjuicio que la cantidad indemnizada, no correspondiendo por lo tanto otorgar mayor indemnización<sup>611</sup>.

Aunque a nuestro entender parece complicado dilucidar cual puede ser el motivo que lleve a algunos tribunales a la fijación de este tipo de indemnizaciones, cuesta creer que en estos supuestos el daño moral reclamado no implique un mayor perjuicio que la cantidad indemnizada. Si se diera esta situación la víctima del daño probablemente no solicitaría su resarcimiento, pues el inicio de cualquier proceso judicial siempre implica una serie de costes económicos y de incomodidades que hacen difícil poder defender que en la práctica una persona estaría dispuesta a soportarlos si de verdad el daño moral reclamado no revistiera gravedad suficiente.

### **6.3.2 La utilización de la indemnización del daño moral como pena o resarcimiento. La función compensatoria del daño moral**

El considerar que la indemnización otorgada por un tribunal por la existencia de un daño posee una función punitiva en lugar de una función compensatoria del daño causado es conocido con el concepto de daños punitivos, expresión que, como es sabido, proviene de la institución del Derecho anglosajón *punitive damages*<sup>612</sup>.

---

indirecto y como efecto reflejo, la concesión de la indemnización compensatoria suponga el reconocimiento de que se ha vulnerado un derecho y cumpla también la función social de reforzar la confianza de los particulares en la protección del Derecho (*Reschtsforsetzungsgedanke*). La adopción de otras medidas, como la réplica o la difusión de la sentencia, podrá en algunos casos ser suficiente para reparar el daño causado. Si no lo es, el juez concederá la indemnización pecuniaria. Los parámetros que establece el art. 9, 3 LO 1/1982 podrán determinar el *quantum* indemnizatorio sea mayor o menor, pero nunca esté desprovisto de toda entidad y que sea, por lo tanto, puramente simbólico. Hasta la fecha, el supuesto se ha planteado en una única sentencia, la ya mencionada STS 23.02.89. El TS consideró ajustado a Derecho el razonamiento del juez de primera instancia que como única medida contra la intromisión ilegítima fijaba la indemnización de una peseta, y no entró a analizar las razones por las que no había decretado la difusión de la sentencia condenatoria”.

<sup>611</sup> NAVEIRA ZARRA, M. M. (2006), p. 327: “Admitiendo la concesión de indemnizaciones simbólicas por parte de los tribunales, no nos queda más remedio que optar por una de estas dos alternativas: a) atribuir al derecho de daños una función ajena a la que le es propia, pues si no cumple un fin compensatorio, el cual ha quedado descartado por las razones expuestas, sólo podría cumplir en las hipótesis ahora tratadas -que, recordemos, son aquellas en las que, concurriendo la prueba de un daño, el demandante perjudicado formula como única petición la imposición al dañador de la obligación de entregarle una indemnización simbólica- un fin de reconocimiento o afirmación de derechos; o b) seguir manteniendo la finalidad reparadora, que se conseguiría, en las hipótesis tratadas, por medio de la satisfacción moral que se derivaría para el dañado de la propia imposición de la condena, al declarar ésta que el autor del daño obró ilícitamente”.

<sup>612</sup> MARTÍN-CASALS, M. (1990), “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, p. 1252, “[l]os *punitive o exemplary damages* tienen por objeto castigar por la comisión de un acto ilícito que se estima altamente reprochable, servir de escarmiento para que quien lo cometió no lo repita, y actuar de ejemplo para desanimar a los demás a cometer actos parecidos. Tienen, pues, el carácter de pena privada, y su existencia

En lo que concierne al daño moral, hay autores que mantienen que la indemnización otorgada por daños extrapatrimoniales tiene una función punitiva, pues la dificultad de prueba que presenta este daño en sus diferentes vertientes hace pensar que más que una intención de resarcir el daño causado por parte de los tribunales nos encontremos ante un ánimo de castigar al causante de los mismos, ya que es imposible conseguir una compensación objetiva del daño moral padecido por el perjudicado<sup>613</sup>.

En contraposición con los anteriores autores, otro sector de la doctrina entiende que la idea de pena privada conlleva una regresión en la evolución de nuestro sistema jurídico. Este sector sostiene que reparación y pena poseen características diferentes ya que la pena únicamente busca el castigo del autor del ilícito, mientras que la reparación lo que pretende es remediar el mal causado a la víctima en su totalidad o en parte, por lo que el sistema de pena privada es incompatible con nuestro Derecho de daños cuyo único fin es la compensación del perjuicio sufrido<sup>614</sup>.

---

como cuerpo extraño dentro del Derecho privado es todavía objeto de una fuerte controversia”; SALVADOR CODERCH, P. (2000), “*Punitive damages*”, *Indret*, 01/2000 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 3, “[l]os *Punitive damages* son una institución del *Common Law* de origen británico (Mörsdorf-Schulte (1999), p. 127, quien cita dos casos de 1763) que hoy resulta arquetípicamente norteamericana”; GUERRERO LEBRÓN, M. J. (2005), p. 152: “Dicha figura permite incluir en la indemnización un importe que no persigue compensar los daños ocasionados a la víctima, ni resarcirle por el lucro cesante, sino que en los casos en que la conducta del demandado ha sido deliberada, incorpora un componente sancionador o ejemplar”.

<sup>613</sup> De esta opinión son, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P. (2006), “El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, N° 7-8, julio-agosto, p. 43, “[p]or ello, no creemos que yerren completamente los que afirman que, pese a que en nuestro ordenamiento no se reconocen los daños punitivos, «la utilización real de la condena a indemnizar los daños morales recuerda en muchos casos... que los Tribunales civiles no pueden sustraerse del todo a la tentación de castigar lo que rechazan»”; MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. (2008), “El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español”, *Diario La Ley*, N° 6999, Sección Tribuna, 29 Jul. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>), p. 4: “No se puede reparar con dinero algo que, en su naturaleza, no es así evaluable. La solución viene de la conjunción que, dentro de la llamada «indemnizabilidad» de ese daño moral, distingue entre el efecto punitivo para su autor a modo de pena por su transgresión y el efecto resarcitorio para el así dañado, evaluado razonablemente en un baremo de socialidad, homologado”; DÍEZ-PICAZO, L. (2011), p. 322: “En la jurisprudencia española de los últimos años se observa una extensión de la idea de daño moral, respecto de la cual es difícil determinar si se trata de aplicar las indemnizaciones como formulas punitivas o permitir una función de desagravio o compensación”.

<sup>614</sup> En esta línea encontramos a GARCÍA LÓPEZ, R. (1990), p. 11: “Desde la pura esfera privada, el artículo 1902 -precepto de carácter general-, al imponer la obligación de “reparar el daño causado” interviniendo culpa o negligencia, mira el daño desde el punto de vista de quien lo padece, no de quien lo desencadena; lo cual hace ya excluir a priori toda idea de pena privada. El artículo 1903 establece el traslado de aquella obligación reparatoria a personas distintas de las que produjeron directamente el daño -la llamada culpa in vigilando-. Difícilmente se armonizaría la idea de la pena privada con este precepto que establece la incompatibilidad con el principio de la personalidad de la pena”; PANTALEÓN, F. (1991), pp. 1020 y 1021, “[l]a función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de «reintegración, por equivalente, del derecho de crédito del lesionado» (*rechtsverfolgende Funktion*): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la



Entre las dos opciones anteriores el Tribunal Supremo se decanta por sostener que el Derecho de daños español debe estar dirigido exclusivamente a reponer a la víctima en la situación en la que se encontraría sino se hubiera producido el daño, por lo que no admite

---

prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un «cumplimiento por equivalente» de la obligación originaria –a la que la lógica (¿y el art. 1156. III CC?) exige considerar extinguida-, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual”; ILLESCAS RUS, V. (1999), p. 286, “[m]odernamente, a diferencia de lo que acontecía en épocas pretéritas, asumida por el Estado la titularidad exclusiva del “*ius puniendi*” no se reconoce a la responsabilidad civil una función represiva o sancionadora, sino que su fundamento normativo es estrictamente resarcitorio. La pena no remedia el daño como la indemnización; es personalísima e intransmisible, a diferencia del resarcimiento, que puede ponerse a cargo de persona distinta del responsable culpa “*in eligendo*” o “*in vigilando*”; responsabilidad directa de principales o aseguradores, etc., y ha de ser proporcionada a la gravedad de la culpa y no a la intensidad o alcance del daño, con lo que la dificultad de su ponderación se traslada de la evaluación del bien o interés vulnerado a la trascendencia de la infracción, que también es, de suyo, una magnitud inasequible a la equivalencia dineraria”; INFANTE RUIZ, F. J. (2002), *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 115, “[a] nuestro juicio, la exigencia de la certeza del daño en materia de responsabilidad es consecuencia ineludible de que su función no es otra que la resarcitoria o reparadora”; SALVADOR CODERCH, P. (2003), “Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras”, *Indret*, 2/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 9: “Para los juristas europeos continentales que hacemos InDret –gentes de *Civil Law* al fin y al cabo- la solución radical de muchos (pero no de todos) estados U.S.A. de atribuir el poder de decisión sobre los *punitive damages* a jurados sin ni siquiera bifurcar el procedimiento y (en lugar de delegar la fijación de su importe al Juez) permitir que también sean los propios jurados quienes establezcan la cuantía de que se trate, es un mal arreglo (salvo para los *litigating lawyers*, que, como es sabido, trabajan a *quota litis*), como este libro parece demostrar: ni la seguridad jurídica, ni el principio de legalidad en derecho sancionador, ni la racionalidad económica resultan bien parados”; LLAMAS POMBO, E. (2007), “Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de daños”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, p. 460, “[p]ues bien, pese a las numerosas, autorizadas y bien documentadas opiniones que vienen propugnando la importación a nuestro ordenamiento de tan exótica figura, no dejo de seguir encontrando serias objeciones para admitir con un mínimo de rigor tales “daños punitivos” (según la denominación que a menudo se da en la lengua castellana a esos *punitive damages*, fruto de la apresurada traducción) en nuestro Derecho. Quienes propugnan aquella teoría continúan atribuyendo explícitamente a la indemnización una triple misión: 1) sancionar al dañado; 2) prevenir sucesos lesivos similares; y 3) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. Pues bien, hay que señalar que la segunda no es propiamente una finalidad punitiva, sino más bien preventiva; y la tercera bien pudiera encuadrarse dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa”; TORRALBA MENDIOLA, E. (2009), “Sentencia de 12 de enero de 2009 (RJ 2009, 544)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 81, Editorial Civitas, p. 1189: “Se excluyen los daños punitivos, admisibles en el Derecho de los Estados Unidos de América”; OSSORIO SERRANO, J. M. (2011), p. 217, “la función esencial que cumple esta disciplina es la reparación del daño ocasionado. Se trata de que el perjudicado quede, tanto en su aspecto anímico y personal como en el patrimonial, en idéntica situación jurídica a la que tenía antes de haberlo soportado, pues como ya apuntábamos entonces, su tarea principal es eminentemente reparadora, a diferencia de otras parcelas del ordenamiento –cual ocurre con el Derecho Penal- en las que de lo que se trata es de sancionar las posibles conductas lesivas”.

en ningún caso que la indemnización percibida pueda suponer una ganancia o enriquecimiento del perjudicado<sup>615</sup>.

En conclusión, en el Derecho español no cabe hablar de daños punitivos, no siendo el daño moral una excepción a esta aseveración. En este sentido, MARTÍN I CASALS sostiene que “[e]n el ordenamiento español no parece que las dificultades que comporta la determinación de la cuantía indemnizatoria ni las peculiaridades propias del daño moral deban apartarlo de los principios generales del Derecho de daños y acercarlo al ámbito del Derecho penal. En nuestro Derecho, a diferencia del norteamericano, no se parte de que el Derecho de daños tenga otras finalidades distintas de las compensatorias, como las de declarar derechos (*nominal damages*) o castigar conductas (*punitive damages*). En Derecho español las indemnizaciones no tienen el carácter de sanción o pena privada”<sup>616</sup>. Así pues, insistimos, el hecho de que el daño moral necesite de criterios subjetivos para su valoración no supone que no presente una existencia real y por tanto la necesidad de ser reparado.

---

<sup>615</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 977/2005, de 19 de diciembre, FJ. 7º: “Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el artículo 1106 CC, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26 de noviembre de 1994, 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados «daños punitivos» ni tiene ahora función la idea de una «pena privada»”; Sentencia del Tribunal Supremo número 6/2009, de 12 de enero, FJ. 3º: “Habida cuenta de que la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos, admisibles en el Derecho de los Estados Unidos de América)”, Sentencia comentada en: TORRALBA MENDIOLA, E. (2009) “Sentencia de 12 de enero de 2009 (RJ 2009, 544)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 81, Editorial Civitas, págs. 1189-1199.

<sup>616</sup> MARTÍN CASALS, M. (1990), “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor”, en SALVADOR CODERCH, P. (director), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 392 y 393; ACCIARRI, H., IRIGOYEN TESTA, M. (2015), “Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición”, en GÓMEZ POMAR, F., MARÍN GARCÍA, I. (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, pp. 235 y 236, “los problemas de cuantificación, aunque acuciantes, no constituyen una razón suficientemente general para la descalificación de la indemnización de daños extrapatrimoniales. El argumento negativo suele apoyarse en casos extremos, cuando existen al menos otros tantos que no los son. El recurso al sustitutivo perfecto de mercado no siempre es el procedimiento que se emplea para valorar daños patrimoniales y no comporta en modo alguno, necesidad. Existen bienes que no tienen un sustituto tal pero respecto de los cuales es posible encontrar una cantidad de dinero que deje a la víctima en un punto de la indiferencia. Una obra de arte podría carecer de toda posibilidad de sustitución por otra idéntica, pero su dueño, privado de ella podría ver compensado su bienestar por alguna cantidad monetaria. Del mismo modo, el afectado por una ofensa moderada al honor podría quedar en situación de completa indiferencia si recibiera una cierta indemnización. Y también, la víctima de lesiones físicas moderadas y el afectado por daños morales vinculados a la pérdida de otros bienes. En todos estos casos, el recurso a las valoraciones sociales medias es un procedimiento imperfecto, pero útil para economizar gastos de administración del sistema (en este caso, costes de justicia). Y no es un método más imperfecto que aquel al que se recurre (en general, sin siquiera cuestionarlo) cuando se deciden tasas de interés uniformes para sujetos diferentes o se bareman daños”.

Es más, como ya hemos sostenido en anteriores apartados, entendemos que es complicado poder hablar de daños cuya valoración responda a criterios totalmente objetivos, por lo que siguiendo la argumentación de aquellos autores que vinculan el resarcimiento del daño extrapatrimonial con la institución de los *punitive damages*, habría que defender que en un gran número de casos las indemnizaciones otorgadas por los tribunales españoles (con independencia de la naturaleza del daño analizado) obedecerían a criterios punitivos, afirmación que nos veríamos en la obligación de considerar completamente alejada de la finalidad del sistema jurídico español. Las particularidades que puede presentar la estimación y la valoración del daño moral por su propia naturaleza no deben ser un argumento suficiente para calificar su indemnización como punitiva ni para negar el carácter autónomo de estos daños, pues lo contrario imposibilitaría el resarcimiento íntegro de la víctima.

## CONCLUSIONES

I.- La regulación de los daños de naturaleza moral o extrapatrimonial en el Derecho español se caracteriza por su escasez, lo que se acentúa más aún si nos centramos en la responsabilidad contractual. Por otro lado, en aquella normativa donde se mencionan estos daños, no se suelen aportar elementos que puedan facilitar y/o condicionar en algún sentido el desarrollo de aquel proceso judicial en el que se estudie la procedencia del resarcimiento por daño moral, salvo excepciones como la presunción contenida en el apartado tercero del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y aquellos baremos, como el de accidente de automóviles, que puedan recoger indemnizaciones por daño moral. Además, paradójicamente, en algunos supuestos en los que pueda existir una predisposición a la existencia de daños morales se ha omitido cualquier referencia a los mismos por parte del legislador, como ocurre en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La inactividad del legislador español no ha evitado un desarrollo progresivo en el tiempo tanto de la jurisprudencia como de la doctrina en lo que a la estimación y el resarcimiento del daño moral contractual se refiere. Los tribunales y gran parte de los autores que han investigado sobre esta materia han optado por responder a la necesidad de que el padecimiento de un daño cuyo origen se encuentra en el incumplimiento de un contrato pueda ser resarcido aunque sea de naturaleza no patrimonial o no económica. Además, esta evolución no se limita únicamente al caso español, sino que se encuentra presente en todos los países de *common law* y de *civil law* que han sido estudiados en este trabajo (especialmente llamativa resulta la situación de aquellos Estados latinoamericanos en los que se ha optado por incluir en sus Códigos Civiles nacionales una mención al daño moral por incumplimiento del contrato, entre otros motivos, por la influencia que ha supuesto el desarrollo de esta figura en parte de los países europeos), pese a las diferencias existentes entre estos ordenamientos.

Podemos sostener que del análisis que hemos efectuado de la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia española, y de los ordenamientos jurídicos foráneos y de su jurisprudencia, se puede extraer que, de manera general, la tendencia futura se desarrolla hacia una progresiva apertura de los supuestos en los que cabe otorgar indemnizaciones por daño moral por incumplimiento del contrato. Así, debemos manifestar que esta figura, en contra de la doctrina que se muestra reacia a la misma, supone una realidad innegable que ha propiciado que incluso en los sistemas de *common law* en los que imperaba tradicionalmente la regla general de su no resarcimiento se haya ido produciendo una flexibilización de su jurisprudencia.

El principio de reparación íntegra que debe caracterizar el sistema de responsabilidad civil español supone necesariamente que todos los daños cuya entidad y prueba así lo permitan sean indemnizados, con independencia de su naturaleza, de la dificultad de su prueba y de que tales daños puedan o no estar recogidos literalmente en la normativa vigente. La

opción contraria supondría negar un hecho que entendemos que resulta obvio, y es que de un incumplimiento de contrato puede originarse un daño moral, aunque de todo incumplimiento no tiene porqué desprenderse este daño, igual que todo incumplimiento no genera *per se* un daño patrimonial.

Por otro lado, esta progresiva admisión del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales sin duda ha provocado que en todos los instrumentos de modernización del Derecho privado que hemos analizado, de una forma u otra, se admita de forma expresa la indemnización del daño moral por incumplimiento del contrato.

**II.-** La doctrina mayoritaria considera que el daño moral contractual tiene su encaje en el texto del artículo 1106 CC, pues en este artículo nada impide que se reconozcan los daños no patrimoniales. Asimismo, según estos autores, la admisión de este daño deberá verse condicionada por los requisitos exigidos por el artículo 1107 CC.

Sin embargo, los tribunales no requieren que se demuestre la previsibilidad del daño moral por quien los reclama, sino que optan por estudiar cada situación concreta y en algunos grupos de supuestos evaluar la comisión de determinados hechos que de haberse originado pueda predisponer la admisión de una indemnización por daño moral y el *quantum* de la misma, en cuyo caso fallarán indemnizando a quien soporta el daño conforme al contenido de los artículos 1101 y siguientes del CC (salvo excepciones, como en las situaciones de vicios y defectos en la construcción de inmuebles en las que el Tribunal Supremo estudia estos daños a través del artículo 1591 CC, probablemente por continuar haciendo uso de la jurisprudencia que se había desarrollado en torno a la aplicación de este artículo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Consideramos, por tanto, que la opción elegida por los tribunales resulta acertada, pues si a las dificultades de prueba intrínsecas a la naturaleza del daño moral se le sumara la exigencia del cumplimiento estricto del requisito de la previsibilidad contenido en el artículo 1107 CC podríamos encontrarnos ante una regresión en la apertura desarrollada hacia su admisión, pues sería realmente complicado demostrar por quien los sufre que del incumplimiento era previsible que se originase un daño moral. Ahora bien, también es cierto que los casos que han propiciado mayor consenso entre los tribunales del *civil law* y del *common law* en el reconocimiento de daño moral contractual son aquellos en los que el incumplimiento recaía sobre un contrato cuyo objeto consistía en proporcionar algún tipo de bienestar o entretenimiento a quien soporta su incumplimiento, como cuando nos encontramos ante la frustración de un viaje y/o unas vacaciones. De un incumplimiento de este tipo de contratos es fácil sostener que resulta previsible que se ocasione toda una serie de incomodidades, estrés, perturbación emocional-mental, etc., que deberán ser indemnizadas conforme a la relevancia que estos daños tengan en cada caso concreto.

Pese a las dificultades y a las numerosas discusiones doctrinales que ha suscitado el requisito de la previsibilidad del daño, lo cierto es que en los instrumentos de

modernización del Derecho privado que tratan el incumplimiento contractual y que hemos estudiado se incluye tanto el resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato como el requisito de la previsibilidad (con diferentes particularidades según el instrumento de modernización ante el que nos encontremos), lo que implica que pese al rechazo doctrinal y judicial en países como España de la aplicación estricta de este requisito en el resarcimiento de determinados daños como los de naturaleza no económica, se ha optado por su inclusión en lugar de haber condicionado el resarcimiento de los daños contractuales a otros elementos como, por ejemplo, la entidad que revista el incumplimiento que los origina.

**III.-** Parece innegable que el daño moral presenta una especial dificultad en su valoración y, por lo tanto, en su identificación con la indemnización que corresponda otorgar por el mismo. Sin embargo, también es cierto que pocos son los daños, con independencia de su naturaleza, que pueden ser identificados en su totalidad con la indemnización concedida, a lo que debemos sumar que es preciso anteponer la obligación de resarcir a la víctima el daño a la dificultad que dicho resarcimiento pueda implicar, por lo que el conflicto que podría suponer valorar económicamente el daño moral no debe ser un obstáculo para obtener su reparación pecuniaria. Es por ello, que la naturaleza del daño moral no debe ser un argumento suficiente para identificar estos daños con el concepto “daños punitivos” que ha sido claramente rechazado por el Tribunal Supremo español.

Debido a las dificultades que implica la reparación *in natura* de los daños morales, los tribunales se han apoyado en la expresión *pretium doloris* para poder entrar a valorar el daño moral de forma autónoma, con independencia de las lesiones patrimoniales que también deban ser resarcidas y, de esta forma, poder fijar indemnizaciones pecuniarias.

**IV.-** La progresiva admisión del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales en aras del principio de reparación íntegra nos lleva a concluir que de realizarse un cambio normativo con el propósito de regular sobre la materia éste no puede suponer un retroceso a todo el desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia del que disponemos actualmente, ni un trato de esta figura que niegue su carácter autónomo. Es más, en caso de realizarse cambios en su regulación estos únicamente deberían tener como propósito facilitar la labor juzgadora y armonizar los criterios empleados entre los diferentes órganos judiciales con el fin de garantizar los intereses de la víctima del daño.

Lo indicado nos lleva a sostener que la regulación del daño moral contractual a través de un sistema de baremos no resultaría apropiada. Si bien los beneficios del sistema de baremos para las partes son de sobra conocidos, pensamos que optar por esta opción conllevaría las siguientes dificultades:

1.- Limitaría la evolución constante que el reconocimiento del daño moral contractual lleva experimentando en los tribunales en los últimos tiempos ya que, principalmente, sería imposible abarcar todos aquellos incumplimientos en los que los tribunales pudieran continuar estimando daños de esta naturaleza.

2.- Aunque para la víctima del daño este sistema podría suponer la seguridad de tener consciencia del *quantum* que probablemente le correspondería antes de ejercitar la acción, no se entraría a valorar por los tribunales caso por caso el perjuicio sufrido y, conforme a la entidad del mismo, la cuantía de la indemnización concedida.

3.- En cualquier caso, todo aquel baremo que pudiera crearse debería recoger el carácter autónomo del daño moral indemnizable. Un baremo que únicamente permitiera el resarcimiento de daños no económicos supeditados al reconocimiento de daños patrimoniales implicaría una regresión en la regulación del daño moral que se ha desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia en España, así como una inobservancia del desarrollo de esta figura en los países de nuestro entorno y en el texto de los principales instrumentos de modernización del Derecho privado.

V.- Todo lo indicado propicia que dirijamos nuestra mirada hacia el Borrador del Marco Común de Referencia y, más concretamente, hacia el contenido de su artículo 3:701 donde se aclara que los daños no económicos ocasionados por el incumplimiento incluyen el dolor, sufrimiento y cualquier otro deterioro de la calidad de vida. No resultaría extraño a nuestro Derecho la inclusión de unos supuestos generales que pudieran propiciar el resarcimiento del daño moral, pues ya disponemos de las presunciones del apartado tercero del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 para aquellas situaciones en las que se vulnere el honor. Además, como algunos autores han defendido sobre las presunciones del artículo 9.3, la inobservancia de estos supuestos podría facilitar que la valoración de pruebas realizadas en primera instancia fuera revisada en instancias superiores al haber la posibilidad de que se hubiese incurrido en un error de Derecho, lo que sería a nuestro entender una garantía más para las partes que se vieran afectadas por una indemnización por daño moral por incumplimiento de un contrato. Además, la inclusión en nuestra normativa de unos supuestos generales análogos a los contemplados en el DCFR facilitaría la admisión del daño moral entre la doctrina y la jurisprudencia cuando en el caso enjuiciado la previsibilidad de la existencia de este daño fuera difícil de demostrar.

Esto nos permite que podamos defender que en futuras redacciones de la Propuesta de Modernización del Código Civil deba incluirse una referencia al resarcimiento del daño moral por incumplimiento del contrato que ratifique su carácter autónomo así como una descripción de hechos y supuestos que puedan facilitar su reconocimiento, que deberán ser fijados evitando que los mismos puedan condicionar los criterios que el Tribunal Supremo ya ha establecido para algunos grupos de situaciones (por ejemplo, en caso de retraso aéreo, que sea totalmente injustificable, considerable, que afecte de alguna forma a la psique de la víctima del mismo y que revista una entidad suficiente) y la posible evolución futura de esta figura en lo que a la amplitud de su reconocimiento se refiere (siempre pueden desarrollarse nuevos contratos cuyo incumplimiento, si se dieran las circunstancias propicias, pudieran ocasionar daños morales).

Más concretamente, debido a que la doctrina mayoritaria encuadra el reconocimiento del daño moral en el artículo 1106 CC, la referencia a este daño debería contenerse en el artículo equivalente de la PMCC, es decir, el artículo 1207, en el que ya se contemplan unos criterios para la estimación del lucro cesante, lo que es un motivo más para sostener que cabría imitar esta redacción en este mismo artículo para el caso del daño moral.

Por otro lado, esta opción supone que toda aquella normativa que se limita únicamente a contemplar el resarcimiento del daño moral contractual de forma genérica (como el artículo 128 del TRLGDCU) no requeriría de posteriores desarrollos ya que siempre sería posible acudir al Código Civil para reclamar por este concepto. Igualmente, esta iniciativa disiparía cualquier duda que pudiera surgir sobre la procedencia de admitir el daño moral contractual cuando exista una omisión al mismo en el resto de la normativa vigente. Es por ello, que con esta modificación de la PMCC no sólo no se lograría una mayor armonización de los criterios de valoración del daño moral entre los diferentes tribunales, sin afectar a las valoraciones individualizadas que merezca cada caso, sino que también estaríamos aplicando un criterio de “economía legislativa” al evitar tener que realizar una modificación de toda aquella normativa presente y futura que pudiera afectar de algún modo al daño moral contractual.

**VI.-** La opción elegida por el legislador español, salvo excepciones, de que el estudio del daño moral por incumplimiento del contrato haya dependido principalmente de los tribunales ha permitido que éste haya sido dinámico y, generalmente, conforme a las necesidades sociales que han ido surgiendo a lo largo del tiempo, aunque también ha supuesto que las partes afectadas por un incumplimiento tengan que estudiar la jurisprudencia existente sobre situaciones análogas para conocer las posibilidades de éxito de su acción o, en el supuesto de que se carezca de esta jurisprudencia o de que la misma no sea uniforme en sus razonamientos y conclusiones, tengan que admitir un mayor riesgo en lo que a la viabilidad de la acción emprendida se refiere.

Sin embargo, el mantenimiento de este sistema omitiendo cualquier referencia en el Código Civil al daño moral por incumplimiento del contrato supone, además de que las partes continúen padeciendo el grado de incertidumbre mencionado, que se ignore por el legislador español los pasos dados tanto en algunos de los países de nuestro entorno como por los grupos de investigación que buscan dotar de instrumentos de modernización al Derecho privado.



## TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

### Jurisprudencia nacional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STEDH, Sec. 1ª, 11.07.2000	TEDH 2000/150	E. Palm (presidenta)	Mehmet Ciliz y Países Bajos.
STEDH, 28.05.2002	JUR 2002/2051 57	L. Wildhaber (presidente)	Max M. Kingsley y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
STEDH, Sec. 2ª, 17.12.2002	TEDH 2002/75	J.-P. Costa (presidente)	Países Bajos y Dirk Venema, Wubbechien Janny Venema-Huiting , Kimberly Venema.
STEDH, 09.10.2003	TEDH 2003/65	L. Wildhaber (presidente)	Comisión Europea de Derechos Humanos y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
STEDH, Sec. 3ª, 02.10.2012	JUR 2012/3197 16	Josep Casadevall (presidente)	Rumanía y Gabriel Huela
STJCE, sala 6ª, 12.03.2002	TJCE 2002/99	Claus Christian Gulmann	Leitner y TUI Deutschland GmbH & Co. KG.
STJUE, Sala 3ª, 06.05.2010	TJCE 2010/135	J. Malenovský	Axel Walz y Clickair S.A.
STJUE, 3ª, 13.10.2011	C-83/10	J. Malenovský	Aurora Sousa Rodríguez, Yago López Sousa, Rodrigo Manuel Puga Lueiro, Luis Ángel Rodríguez González, María del Mar Pato Barreiro, Manuel López Alonso, Yaiza Pato Rodríguez, y «Air France SA».
STC, 1ª, 08.06.1988	RTC 1988/107	Eugenio Díaz Eimil	José Luis N. G y Ministerio de Defensa.
STC, 2ª, 13.11.1989	RTC 1989/185	Alvaro Rodríguez Bereijo	Manuel P. del R. y ayuntamiento de Priego (Córdoba).
STC, 1ª, 26.9.1995	RTC 1995/139	Manuel Jiménez de Parga y Cabrera	«Ediciones Zeta, SA», José Luis M.S., Basilio R.A y «Lopesan Asfaltos y Construcciones, SA».
STC, 2ª, 29.09.1997	RTC 1997/151	Carles Viver Pi-Sunyer	Adolfo Pedro C.D y Ministerio de Defensa.
STC, Pleno, 30.11.2000	RTC 2000/290	Julio Diego González Campos	Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Defensor del Pueblo, Federico Trillo Figueroa, comisionado por 56 diputados del grupo popular y el Abogado del Estado.
STC, pleno, 30.11.2000	RTC 2000/292	Julio Diego González Campos	Defensor del Pueblo y Abogado del Estado.

STC, 2º, 11.12.2000	RTC 2000/297	Tomás S. Vives Antón	Juan José M. D. y Sr. B.
STC, 2º, 28.06.2004	RTC 2004/105	Guillermo Jiménez Sánchez	José Joaquín, Miguel, Antonio, María Pilar, Jesús y Ministerio Fiscal, Abogado del Estado, Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.
ATC, 01.12.1993	RCL 1993/3333	Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	Presidente del Gobierno.
STS, 06.12.1912 (Sentencia publicada el 16 de octubre de 1913)	Jurisprudence Civil: Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (...). Tomo 125 (3º. De 1912). Octubre á Diciembre . Sentencia núm. 95, págs. 582-606		Sociedad Editorial de España, Alfredo Vicenti (Director de El Liberal) y Ramón Mussó (en representación de su hija menor María Josefa Mussó).
STS, 1ª, 13.03.1956	RJ 1956/1160	Acacio Charrín Y Martín Veña	José A. y «Causen Maderas, SA».
STS, 1ª, 09.05.1984	RJ 1984/2403	Carlos de la Vega Benayas	Adolfo S. B. y la Compañía Telefónica Nacional de España.
STS, 1ª, 27.06.1984	RJ 1984/3438	Rafael Pérez Gimeno	«N. G. M. B. H.» y «P. y D. S., S. A.» (PROSIDE, S. A.).
STS, 1ª, 08.10.1984	RJ 1984/4761	Antonio Sánchez Jáuregui	Entidad «La P., S. A.» e «Industrias L., S. A.».
STS, 3º, 14.05.1985	RJ 1985/2584	Fernando de Mateo Lage	José O. M. y Ministerio de Defensa.
STS, 1ª, 05.06.1985	RJ 1985/3094	José María Gómez de la Bárcena y López	Unión T. de C. y Enrique M. N., Ramón B. B., Mateo P. B.
STS, 1ª, 11.04.1987	RJ 1987/2703	Juan Latour Brotons	Francisco M. R. y partido político E. R. C., Francisco V., Jaime A., Luis R.
STS, 1ª, 25.06.1987	RJ 1987/4553	José Luis Albácar López	Concepción V. B. y Ramón S. E.
STS, 1ª, 22.06.1988	RJ 1988/5123	Manuel González Alegre y Bernardo	María Josefa P. J. y «ALGABA E HIJO, S. A.»
STS, 5º, 28.06.1988	RJ 1988/1032 3	José Luis Bermúdez de la Fuente	Vicente E. M. y Ministerio de Defensa.

STS, 1ª, 24.10.1988	RJ 1988/7635	José Luis Albácar López	Asociación Española de Controladores Aéreos y Enrique B. C
STS, 1ª, 09.02.1989	RJ 1989/822	Juan Latour Brotons	«Atvil, S. A.» y Andrés P. C.
STS, 1ª, 23.02.1989	RJ 1989/1250	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Don Enrique S. S. y Angel P. P., don Fernando C. C., «Editorial Celta S. A.»
STS, 1ª, 05.10.1989	RJ 1989/6889	Ramón López Vilas	Partido Socialista Obrero Español e «Información y Revistas, S. A.»
STS, 1ª, 05.02.1990	RJ 1990/660	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Francisco R.A. y Mª. del Carmen C. R.
STS, 1ª, 07.02.1990	RJ 1990/668	Antonio Fernández Rodríguez	Jorge P. P., «Central de Seguros, S. A.» y María Rosa A. S.
STS, 1ª, 06.07.1990	RJ 1990/5780	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Inés Z. L. y Santo Hospital Civil de Basurto.
STS, 1ª, 12.12.1990	RJ 1990/9999	Pedro González Poveda	MAGEL, S. A. y comunidad de propietarios del edificio de la Avenida Vidal y Barraquer, números 28 y 30, de Reus.
STS, 2ª, 17.01.1992	RJ 1992/228	Enrique Ruiz Vadillo	Antonio G. I., Concepción S. D. y Ramón T. B.
STS, 1ª, 14.02.1994	RJ 1994/1468	Pedro González Poveda	Mª Dolores R. A. y José Daniel S. M., Evaristo A. T., «Ocaso S. A.».
STS, 1ª, 25.04.1994	RJ 1994/3073	José Luis Albácar López	Antolín N. T. y José María V. L., don Elías Oscar L. C. y don Ramón E. I.
STS, 1ª, 14.12.1994	RJ 1994/10110	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	«Centro de Estudios San Fernando, SA» y «La Voz de Asturias, SA», Faustino F. A.
STS, 1ª, 22.05.1995	RJ 1995/4089	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	José Miguel O. P y Hospital de Cruces de Baracaldo, el Servicio Vasco de Salud Osakidetza.
STS, 1ª, 31.07.1995	RJ 1995/5925	Rafael Casares Córdoba	Manuel U. E. y «Ediciones Zeta, SA», Ignacio F. G., Jordi C. M.
STS, 1ª, 20.05.1996	RJ 1996/3793	José Almagro Nosete	Marion-Gabrielle N. y José C. G., "Compañía General de Seguros Zurich, SA".
STS, 1ª, 14.12.1996	RJ 1996/8970	Eduardo Fernández-Cid de Temes	José H. E., Elena G. G. y Juan A. S., Diputación Foral De Guipúzcoa.
STS, 4ª, 03.04.1997	RJ 1997/3047	Mariano Sampedro Corral	«Cadena, SA» y Rosa Mª D. M.
STS, 1ª, 09.06.1997	RJ 1997/4731	Alfonso Villagómez Rodil	María Concepción G. M. y Francisco Javier G. V., INSALUD.
STS, 1ª, 06.06.1997	RJ 1997/4610	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Josefa P. P. y José S., Ramona P. T., Hospital Universitario de Valencia, Servicio Valenciano de Salud.
STS, 1ª, 11.07.1997	RJ 1997/6014	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Francisco G. G. y Matilde L. S.

STS, 1ª, 22.11.1997	RJ 1997/8097	Alfonso Villagómez Rodil	Comunidad de Propietarios del edificio Chinchilla de Albacete y Antonio E. M., José A. V. B., «Cubiertas y Mzov, SA».
STS, 2ª, 16.05.1998	RJ 1998/4878	José Augusto de Vega Ruiz	Ministerio Fiscal y José David D. F.
STS, 1ª, 16.10.1998	RJ 1998/7565	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Carmen A. C. y Esteban G. M., Bartolomé O. A., Federico B. J., Jorge R. N., Emiliano A.
STS, 1ª, 21.12.1998	RJ 1998/9649	Pedro González Poveda	José Javier L. de M. F. y Elena S. Y.
STS, 1ª, 31.12.1998	RJ 1998/9765	Román García Varela	«Moda Selección 7, SL» y «Escada España, SA».
STS, 1ª, 10.04.1999	RJ 1999/1877	Alfonso Villagómez Rodil	María Marta R. C. y «Swissair, SA».
STS, 1ª, 22.07.1999	RJ 1999/5721	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Gustavo R. S. y María Concepción C. S.
STS, 1ª, 30.07.1999	RJ 1999/5726	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Alberto V. M. y María de los Ángeles B. D.
STS, 1ª, 16.05.2000	RJ 2000/3930	Román García Varela	Hernant P. Y «AGF Unión-Fénix, SA».
STS, 1ª, 16.05.2000 (núm. 485/2000)	RJ 2000/5082	Jesús Corbal Fernández	Luis Fernando S. S., Alicia Agueda R. T. y Menhir Leasing, S.A.
STS, 1ª, 31.05.2000	RJ 2000/5089	Jesús Corbal Fernández	Jordi E. S y Línea Aérea Trans World Airlines Incorporated (TWA).
STS, 3ª, 18.07.2000	RJ 2000/5952	Juan Antonio Xiol Ríos	Carmen, Concepción, Gloria, Diego S. M. P. y Ayuntamiento de Málaga, «Parque Cementerio de Málaga, SA».
STS, 1ª, 31.07.2000	RJ 2000/6206	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Pilar C. P. y Germán L. C.
STS, 1ª, 19.10.2000	RJ 2000/7733	Alfonso Villagómez Rodil	Jesús H. B. y el Servicio Valenciano de la Salud.
STS, 2ª, 20.12.2000	RJ 2000/1065 2	Carlos Granados Pérez	Alain B. M., Lucas P. I., «Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros», Martín B. U., Eneko B. C. y Arkaitz B. C.
STS, 1ª, 22.02.2001	RJ 2001/2242	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	David, Helen C. y Botafoch, SA y Catalana Occidente, SA.
STS, 1ª, 11.12.2001	RJ 2002/2711	Xavier O'callaghan Muñoz	Clara M. V. y José Ramón A. H.
STS, 1ª, 28.12.2001	RJ 2002/3094	José de Asís Garrote	José Luís P. A. y Antonio P. F., Isabel M. A., Colegio de la Natividad de Nuestra Sra. de las Religiosas Calasancias, Compañía de Seguros Central de Seguros, SA.
STS, 1ª, 20.02.2002	RJ 2002/3501	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	Ignacio R. A. , «Recoletos, Cía. Editorial, SA» y «Aerpons, SA».

STS, 1ª, 07.06.2002	RJ 2002/5216	Pedro González Poveda	Tomás C. G, Mará Dolores R. C., Alex C. R. y «Previsión Popular de Seguros, SA», Joaquín V. M.
STS, 1ª, 10.06.2002	RJ 2002/4982	Antonio Romero Lorenzo	Carmen B. M. y Parque Cementerio de Málaga, SA (PARCEMASA).
STS, 1ª, 11.06.2002	RJ 2002/5824	Román García Varela	«Fundiciones Metálicas, SA» y «Worthington, SA».
STS, 1ª, 31.10.2002	RJ 2002/9736	Xavier O'callaghan Muñoz	«Hervideros, SA» y «Yuco Construcciones, SA».
STS, 1ª, 08.05.2003	RJ 2003/3890	Xavier O'callaghan Muñoz	Marisol y Winterthur Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, Carlos.
STS, 1ª, 14.05.2003	RJ 2003/4749	Antonio Gullón Ballesteros	«Mostos internacionales, SA» y «Mayoristas de Vinos, SA».
STS, 1ª, 29.05.2003	RJ 2003/3914	Clemente Auger Liñán	Germán, Pedro Francisco y Marisol, la UNIÓN Y EL FÉNIX EXPANOL, Compañía de Seguros y Reaseguros SA.
STS, 1ª, 08.09.2003	RJ 2003/6065	José Almagro Nosete	Estíbaliz y Carlos María, Sanatorio Nuestra Señora de la Salud S. A., Asistencia Sanitaria Adeslas S. A.
STS, 4ª, 11.03.2004	RJ 2004/3401	Juan Francisco García Sánchez	Caja Rural de Ciudad Real y Javier.
STS, 1ª, 18.06.2004	RJ 2004/3629	Clemente Auger Liñán	«La Estrella, SA de Seguros y Reaseguros» y la Comunidad de Propietarios del direccion000 de San Sebastián.
STS, 1ª, 29.10.2004	RJ 2004/7218	Xavier O'Callaghan Muñoz	Alfredo y Pedro Miguel.
STS, 1ª, 28.03.2005	RJ 2005/2614	Xavier O'Callaghan Muñoz	Aurelio y Banco de Santander, SA.
STS, 1ª, 28.04.2005	RJ 2005/3646	Román García Varela	Luis Carlos y Rodrigo
STS, 1ª, 17.05.2005	RJ 2005/1679	Xavier O'Callaghan Muñoz	Bruno, Marta, la Sociedad Cantabria Informática y Banco de Santander, SA.
STS, 2ª, 04.07.2005	RJ 2005/6899	Francisco Monterde Ferrer	Alexander, Fidel, Octavio, Carlos Alberto, Flora, Trinidad y Ministerio Fiscal, Federico.
STS, 1ª, 22.07.2005	RJ 2005/6559	Antonio Romero Lorenzo	Créditos Vitoria, SA y Servicios Funerarios Virgen Blanca, SL.
STS, 3ª, 20.09.2005	RJ 2005/7503	Santiago Martínez-Vares García	Francisca y el Instituto Nacional de Salud.

STS, 1ª, 24.11.2005	RJ 2005/7855	José Antonio Seijas Quintana	Luis Miguel y Serafin, Servicio Valenciano de Salud, Aseguradora Cervantes S. A., Compañía Española de Seguros y Reaseguros.
STS, 1ª, 19.12.2005	RJ 2006/295	Vicente Luis Montes Penades	«Cualladó Zamora, SL» y «United Parcel Service España Ltd. y Compañía, SRC (UPS)».
STS, 1ª, 02.03.2006	RJ 2006/919	Vicente Luis Montes Penades	Mutua General de Seguros y Yolanda.
STS, 1ª, 08.03.2006	RJ 2006/1076	José Antonio Seijas Quintana	Alberto, Esperanza, Eloy y Jodofi S.L., Eagle Star Seguros Generales y reaseguros, SAE., Jorge, Sebastián.
STS, 4ª, 17.05.2006	RJ 2006/7176	Benigno Varela Autrán	Ciudad Autónoma de Ceuta y Ángel Jesús.
STS, 1ª, 18.05.2006	RJ 2006/4724	José Antonio Seijas Quintana	Juan, María Rosario y Javier, Gabriela, Entidad Medicentros S. L., FIATC Mutua de Seguros Generales, clínica Nuestra Señora del Pilar.
STS, 1ª, 23.05.2006	RJ 2006/3535	Juan Antonio Xiol Ríos	Catalina y Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.
STS, 1ª, 27.07.2006	RJ 2006/6548	Juan Antonio Xiol Ríos	Juan Miguel y Ayuntamiento de Eibar y José Manuel.
STS, 1ª, 18.09.2006	RJ 2006/6398	Antonio Salas Carceller	Luis Ángel y María Luisa.
STS, 1º, 06.11.2006	RJ 2006/8134	Jesús Corbal Fernández	Íñigo, Gaspar, Sara, Humberto, Jesús y Cooperativa Agraria Provincial de La Coruña Sociedad Cooperativa Limitada, la entidad mercantil Remocsa.
STS, 1ª, 20.12.2006	RJ 2007/384	Vicente Luis Montes Penades	María Luisa, Carlos Alberto y Augusto.
STS, 2ª, 02.01.2007	RJ 2007/251	Luis Román Puerta Luis	Eva y Franco y Los Almendros Olibe S. L.
STS, 4ª, 07.02.2007	RJ 2007/2195	Gonzalo Moliner Tamborero	Distribuidora Internacional de Alimentación, SA y Carolina.
STS, 1ª, 19.04.2007	RJ 2007/2071	Encarnación Roca Trías	Enrique, Carton Producción, SL y Jesús María, Reseaching And artistic Creations, SL.
STS, 1ª, 07.05.2007	RJ 2007/3553	Juan Antonio Xiol Ríos	Ana María, Ramón y Instituto Nacional de Salud, Leticia.
STS, 3ª, 10.05.2007	RJ 2007/3403	Margarita Robles Fernández	Enrique, Amanda y Consorci de Gestió Corporación Sanitaria de la Comunidad de las Islas Baleares, Inmaculada, Inocencio, Casimiro,
STS, 1ª, 23.11.2007	RJ 2008/24	Encarnación Roca Trías	Leonor, Carlos, Sandra y Pedro Enrique.

STS, 1ª, 29.05.2008	RJ 2008/3182	Román García Varela	Juan Miguel y la comunidad de propietarios de la casa señalada con los números NUM000 y NUM001 de la CALLE000 y núm. NUM002 de la AVENIDA000, (La Coruña).
STS, 1ª, 20.06.2008	RJ 2008/4260	Clemente Auger Liñán	Jaime y Julia e INSALUD.
STS, 1ª, 17.07.2008	RJ 2008/4382	Clemente Auger Liñán	Jose Augusto y Juan Luis, "Sindicato de Trabajadores de Canarias", Alfonso.
STS, 1ª, 22.07.2008	RJ 2008/4617	Clemente Auger Liñán	HISPANO ITALIANA DE TRENZADOS ESPECIALES, SA y METALURGICA SABAT, SA.
STS, 1ª, 09.10.2008	RJ 2008/6042	José Ramón Ferrándiz Gabriel	PRICE WATERHOUSE AUDITORES y LEPANTO, S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS GENERALES, D. Luis Enrique, ALTO PENEDÉS, S.A., SEGUROS CATALANA OCCIDENTE, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS.
STS, 1ª, 14.10.2008		José Ramón Ferrándiz Gabriel	Dª Estíbaliz, otros y ENRST & YOUNG, S.A., D. Jesús María, ALLIANZ COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.
STS, 1ª, 12.01.2009	RJ 2009/544	Juan Antonio Xiol Ríos	«Usa Sogo Inc.» y Ángel Jesús.
STS, 1ª, 23.01.2009	RJ 2009/1271	José Antonio Seijas Quintana	Jon y Mutua Fraternidad Muprespa.
STS, 2ª, 23.01.2009	RJ 2009/2027	Julián Sánchez Melgar	Benjamín y Ministerio Fiscal.
STS, 1ª, 25.02.2009	RJ 2009/1515	Jesús Corbal Fernández	Alicia y María Virtudes.
STS, 1ª, 05.03.2009	RJ 2009/1631	Antonio Salas Carceller	Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L. y Sindicatura de la Quiebra de Euskal Air, S.A.
STS, 1ª, 27.05.09	RJ 2009/3044	Juan Antonio Xiol Ríos	EUREKO HISPANA, S.A. y PRICE WATERHOUSE AUDITORES, S.A.
STS, 1ª, 30.06.2009	RJ 2009\5490	Encarnación Roca Trías	Paulino y ASOCIACIÓN CIVIL DIANÉTICA, CENTRO DE MEJORAMIENTO PERSONAL A. C., Remedios.
STS, 1ª, 30.06.2009	RJ 2009/4451	Francisco Marín Castán	COLEGIO SAN JOSÉ RELIGIOSAS ESCOLAPIAS, GROUPAMA IBÉRICA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. y Bernardino. Melisa, Susana.
STS, 1ª, 20.07.2009	RJ 2009/3161	José Antonio Seijas Quintana	«Unimequi Universal Medico Quirúrgica, S.A y Seguros», Erasmo y Apolonia.

STS, 1ª, 09.12.2009	RJ 2010/131	José Ramón Ferrándiz Gabriel	Asociación de Internautas y Sociedad General de Autores y Editores, Celso.
STS, 1ª, 16.12.2009	RJ 2010/859	Encarnación Roca Trías	"SUGIMAT, S.L." , "SIVACAL, S.L." y FUNDICIONES CAETANO, S.A., ZURICH ESPAÑA CIA. de seguros y reaseguros, s.a., INDEPENDENT INSURANCE COMPANY LIMITED y WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, sociedad anónima de seguros y reaseguros.
STS, 1ª, 15.06.2010	RJ 2010/5151	Juan Antonio Xiol Ríos	Alejo y Belarmino , Guillerma , Casimiro, Loreto.
STS, 1ª, 14.07.10	RJ 2010/5152	Francisco Marín Castán	Hlario y María del Rosario Catro Rodrigo.
STS, 5ª, 03.11.2010	RJ 2010/6403	Benito Gálvez Acosta	Sixto y la Guardia Civil.
STS, 1ª, 05.11.2010	RJ 2010/8025	Francisco Marín Castán	TENAGIL S.A. y GESTIONES Y DESARROLLOS DE ACTIVOS INMOBILIARIOS SIGLO XXI S.L.
STS, 3ª, 12.11.2010	RJ 2010/8291	Santiago Martínez-Vares García	Sagrario y Comunidad de Madrid, Fundación Jiménez Díaz.
STS, 1ª, 10.12.2010	RJ 2011/139	Juan Antonio Xiol Ríos	Fabio y Mateo.
STS, 1ª, 15.12.2010	RJ 2011/1550	José Ramón Ferrándiz Gabriel	Dña. Eufrasia, D. Roberto, D. Daniel, D. Samuel, D. Constantino, D. Rafael, D. Claudio, D. Porfirio, D. Bernardino, Dña. Modesta, D. Jesús Carlos, D. Imanol, D. Jesús Manuel, D. Ismael, D. Miguel Ángel, [...] y Ernest & Young, S.A., D. Pablo, ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.
STS, 1ª, 25.02.2011	JUR 2011/9386 4	Juan Antonio Xiol Ríos	Eulogio, Justa, Patricio y Eva María.
STS, 1ª, 04.03.2011	RJ 2011/2633	José Antonio Seijas Quintana	Julieta y Pelayo.
STS, 1ª, 13.05.2011	RJ 2011/3279	José Antonio Seijas Quintana	Celia y Agrupación Mutua Aseguradora, Felicísimo.
STS, 3ª, 29.06.2011	RJ 2011/6037	Segundo Menéndez Pérez	Agueda y Comunidad de Madrid, ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.
STS, 1ª, 15.07.2011	JUR 2011/2632 73	José Antonio Seijas Quintana	Cooperativa de Viviendas Francisco Suarez Coop y Tecsa, Empresa Constructora S.A, Juan Ramón y Porfirio.
STS, 3ª, 21.10.2011	RJ 2012\1417	Enrique Lecumberri Martí	Regina, Aida, Begoña y Junta de Andalucía.



STS, 1ª, 27.10.2011	RJ 2012/1129	Juan Antonio Xiol Ríos	Gestevisión Telecinco S.A. y Alfonso, Candelaria.
STS, 1ª, 30.11.2011	RJ 2012/3514	Juan Antonio Xiol Ríos	Ruperto y Mutual Aseguradora, Compañía de Seguros (AMA).
STS, 1ª, 27.01.2012	RJ 2012/3658	Xavier O'Callaghan Muñoz	Candido y Edemiro, Eulogio, ECOVI S.A.
STS, 1ª, 09.04.2012	RJ 2012/4638	Juan Antonio Xiol Ríos	Adela y Manuel M.ª Martínez de Lejarza Ureña, Banco Cetelem, S.A., Asnef-Equifax, S.L.
STS, 1ª, 28.06.2012	RJ 2012/1012 5	Rafael Gimeno-Bayón Cobos	Juan Francisco, Mamunia Investment, S.A. y BCBG Max Azria Group Europe Holding, S.A.R.L, BCBG Max Azria Group Incorporation y Twigy Fashion, S.A.
STS, 1ª, 23.07.2012	RJ 2012/9002	Ignacio Sancho Gargallo	INSTITUTO DE LOS HERMANOS MARISTAS DE LA ENSEÑANZA O HERMANITOS DE MARIA (MARISTAS), D. Conrado, D. Gumersindo y REYAL URBIS, S.A.
STS, 3ª, 24.07.2012	RJ 2012/9131	Santiago Martínez-Vares García	Severino y Zurich Insurance PLC y Comunidad Autónoma de Castilla y León.
STS, 1ª, 10.09.2012	RJ 2013/2266	Juan Antonio Xiol Ríos	Marbella Vista Golf S.L. y Simón, Candida.
STS, 3ª, 09.10.2012	RJ 2012/1019 8	Santiago Martínez-Vares García	Adriana, Anton y Gerencia de Salud de Valladolid (SACYL).
STS, 1ª, 10.10.2012	RJ 2013/1537	Francisco Javier Orduña Moreno	Angelina, Arsenio y Promociones y Proyectos Toison, S.A., Cesareo , Elias, Gaspar.
STS, 1ª, 22.10.2012	RJ 2012/1106 4	Francisco Javier Orduña Moreno	Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 y Edimaf Desarrollos Urbanos, S.A.
STS, 1ª, 07.01.2013	RJ 2014/773	José Ramón Fernández Gabriel	Evelio y Meristation Magazine, S.L.
STS, 1ª, 29.01.2013	RJ 2013/1835	Juan Antonio Xiol Ríos	Alberto , Nicolasa , María Virtudes, Domingo y Caixabank, S.A., sucesora procesal de Banca Cívica S.A. (antes Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra), Ministerio Fiscal.
STS, 1ª, 04.03.2013	RJ 2013/3380	Juan Antonio Xiol Ríos	Bartolomé y GOOGLE INC., Gines.
STS, 1ª, 09.10.2013	RJ 2013/6406	Francisco Marín Castán	La Reserva de Marbella, S.L. (antes S.A.) y Joaquín.
STS, 1ª, 25.10.2013	RJ 2013/7257	Francisco Marín Castán	La Reserva de Marbella, S.L. (antes S.A.) e Iñigo Muñoz Durán.

SAN, sec. 8º, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 15.04.2013	RJCA 2013/299	Ana Isabel Gómez García	VIATGES PANORMA CULTURAL, S.L. y AENA.
STSJ Andalucía, 3ª, 05.04.2006	JUR 2007\1086 90	Ruperto Martínez Morales	Benedicto, Daniela y Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía.
STSJ Castilla la Mancha, 2ª, 24.02.2003	JUR 2003/1123 85	Mariano Montero Martínez	Claudio y el ayuntamiento de Villacañas (Toledo).
STSJ Galicia, Sala de lo Civil y Penal, 17.02.2010	RJ 2010/2629	Pablo Saavedra Rodríguez	María Teresa y Paulino.
STSJ Galicia, Sala de lo Civil y Penal, 13.10.2010	RJ 2011/3430	Miguel Ángel Cadenas Sobreira.	María Rosario, Benito, Florian y Manuel López Graña.
STSJ País Vasco, 2ª, 04.07.2008	JUR 2009/6036	Jesús Torres Martínez	Víctor, Consuelo, Yolanda, Julia y el ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.
SJCCA, num. 1, 08.11.2011	RJCA 2011/829	José Luis Vicente Ortiz	Constantino y AENA.
SJCCA, num. 7, 12.07.2012	RJ 2012/435	Ana María Jimena Calleja	Isidoro, Lorena y AENA.
SAP A Coruña, sec. 3ª, 12.04.2011	JUR 2011/1990 26	Rafael Jesús Fernández-Porto García	Carlota y "BBVASEGUROS, S.A. de Seguros y Reaseguros".
SAP Álava, sec. 1ª, 27.05.2005	AC 2005/1062	José Jaime Tapia Parreño	Olabide Ikastola SCoop y Miguel Ángel, Mercedes.
SAP Álava, sec. 1ª, 13.02.2012	JUR 2012/1885 58	Iñigo Elizburu Aguirre	EASY JET AIRLINE COMPANY LIMITED, Ana y Ainhoa Bilbao Randez, Maria Blanca Ibañez Moya.
SAP Alicante, sec. 5ª, 25.10.1999	AC 1999/8748	Francisco Javier Guirau Zapata	Luis R. N., Milagros P. B. e Inocencia M. P.
SAP Alicante, sec. 8ª, 07.10.2004	AC 2004/1995	Cristina Trascasa Blanco	Humberto, Edurne e Iberia Líneas Aéreas de España, SA.
SAP Alicante, sec. 8ª, 15.11.2006	JUR 2007/2270 13	Enrique García-Chamón Cervera	María Rosa y "GROUPAMA PLUS ULTRA SEGUROS Y REASEGUROS SA".
SAP Alicante, sec. 8ª, 15.05.2008	JUR 2009/3277 5	Enrique García-Chamón Cervera	"Suzka Internacional, S.L." y "Asia Home Art, S.L."
SAP Asturias, sec. 4ª, 28.11.2001	AC 2002/540	Ramón Avelló Zapatero	«Iberia Líneas Aéreas de España» y María Luz G. G., Javier G. M., doña Rebeca y Sandra G. G.
SAP Asturias, sec. 5ª, 18.05.2012	JUR 2012/1905 26	José Luis Casero Alonso	Leopoldo y Justa.
SAP Barcelona, sec. 12ª, 20.03.2003	AC 2003/1354	Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón	Luis Alberto y "ÁIR FRANCE".

SAP Barcelona, sec. 15, 28.04.2003	AC 2003/906		UBK Baleares Correduría de Seguros, S.A. y Acaudit Auditores, S.L., Xavier LP Gabinete de Asesores Fiscales, S.A., Juan José P., Zurich España y Cía. de Seguros y Reaseguros, Allianz Cía. de Seguros y Reaseguros.
SAP Barcelona, sec. 18ª, 16.01.2007	JUR 2007/3236 82	María Dolores Viñas Maestre	David y María Luisa.
SAP Barcelona, sec. 2ª, 26.03.2008	JUR 2008\1817 44	Pedro Martín García	Eloy y Ministerio Fiscal y María.
SAP Barcelona, sec. 11ª, 31.03.2008	JUR 2008/1720 47	José Antonio Ballester Llopis	Carina, Héctor y "DKV SEGUROS SA".
SAP Barcelona, sec. 15ª, 29.10.2010	AC 2010/1549	Jordi Lluís Forgas Folch	Pablo Jesús, María y TAM LINHAS AEREAS, SA e IBERIA LINEAS AÉREAS ESPAÑOLAS, SA.
SAP Barcelona, sec. 16ª, 19.01.2012	JUR 2012/9211 1	Jordi Seguí Puntas	Felicidad y Hermenegildo, Paula, Ana María
SAP Burgos, sec. 3ª, 27.12.2006	JUR 2007/6003 4	Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia	Rodolfo y "CAJA LABORAL POPULAR".
SAP Cádiz, sec. 2ª, 08.04.2002	AC 2002\1064	Manuel de la Hera Oca	Thais del Pilar G. P. y Francisco C. P.
SAP Cádiz, sec. 2ª, 03.04.2008	JUR 2008/2346 75	Antonio Marín Fernández	Diego y Marta.
SAP Ciudad Real, sec. 1ª, 06.09.2002	JUR 2002/2718 82	Mª. Pilar Astray Chacón	María Dolores J. G. y Agustín M. F.
SAP Córdoba, sec. 2ª, 10.12.2010	JUR 2011/3899 38	José María Magaña Calle	Ministerio Fiscal, Isidro, Matías y la Junta de Andalucía.
SAP Granada, sec. 4ª, 09.02.2000	AC 2000/1373	Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz	José Antonio L. M. y Rafael C. N., Servicio Andaluz de Salud, Diputación de Granada, Winterthur.
SAP Granada, sec. 3ª, 25.01.2005	AC 2005/873	Carlos José de Valdivia y Pizcueta	Dolores y Evaristo.
SAP Granada, sec. 3ª, 26.04.2005	JUR 2005/1379 63	José María Jiménez Burkhardt	Sofía y "CIA OCASO S.A". y "FUNERARIA FERMIN CRIADO S.L".
SAP Islas Baleares, sec. 3ª, 09.01.2002	JUR 2002/7082 5	José Miguel Bort Ruiz	"Spanair, S.A." y Victor M. C., Rosario T. B., Héctor L. P., Cristina C. G.

SAP Islas Baleares, sec. 2ª, 18.10.2012	JUR 2012/3932 69	Diego Jesús Gómez-Reino Delgado	Letrado comunidad Islas Baleares y Ministerio Fiscal.
SAP León, Sec. 1ª, 30.01.2009	JUR 2009/1924 31	Fernando Javier Sanz Llorente	Nieves y Raúl.
SAP León, sec. 2ª, 10.11.2010	AC 2010/2120	Antonio Muñoz Díez	Lorena y Aquilino.
SAP Madrid, sec. 14ª, 21.10.2002	JUR 2003/4930 5	Miguel Ángel Sánchez Plaza	José R. J., Eleuteria S. D. G., Jorge P. P. y Miguel Ángel, Juan José, Francisco P. P.
SAP Madrid, sec. 20ª, 17.02.2005	AC 2005/426	Juan Vicente Gutiérrez Sánchez	Daniel y Televisión Española, SA, Europroducciones TV, SL.
SAP Madrid, sec. 21ª, 15.03.2005	JUR 2005/1080 37	José María Salcedo Gener	José Pablo, Cecilia e Iberia Líneas Aéreas de España S.A.
SAP Madrid, sec. 13ª, 22.09.2006	JUR 2007/1673 06	José María Salcedo Gener	María Consuelo, Julia, María Purificación y ALMUDENA CIA SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.
SAP Madrid, sec. 21ª, 24.10.2006	JUR 2007/5381 3	Ramón Belo González	"SANITAS, S.A. DE SEGUROS" y Marí Luz , Marcos.
SAP Madrid, sec. 12ª, 22.06.2009	AC 2010/1095	José Vicente Zapater Ferrer	OCASO, S.A., Dolores , Serafin y Juan Pedro.
SAP Madrid, sec. 21ª, 16.11.2010	AC 2010/2147	Rosa María Carrasco López	Diego, María Ángeles y "VALLEHERMOSO DIVISIÓN PROMOCIÓN S.A.U."
SAP Madrid, sec. 19ª, 30.09.2011	JUR 2011/4347 60	Epifanio Legido López	Valentina y Arsenio, SANITAS S. A. DE HOSPITALES S. A.
SAP Madrid, sec. 28, 09.04.2012	AC 2012/1491	Gregorio Plaza González	Daniel, Gabriela y EASYJET.
SAP Madrid, sec. 21ª, 03.05.2012	AC 2012/1291	José Ignacio Zarzuelo Descalzo	Mapa Tours S.A. y Sabina, Agapito, Viajes Crisol, S.A.
SAP Madrid, sec. 10ª, 16.04.2013	JUR 2013/2109 63	Ángel Vicente Illescas Rus	ADT ESPAÑA SERVICIOS DE SEGURIDAD S.L. y Octavio, Patricia.
SAP Málaga, sec. 7ª, 08.01.2008	AC 2008/589	Juan Rafael Benítez Yebenes	María del Pilar y Ángel Daniel, Remedios, Luis Pedro, LIMPIEZAS DELFI, SL, GROUPAMA PLUS ULTRA SEGUROS Y REASEGUROS, SA.
SAP Málaga, sec. 6ª, 30.11.2010	JUR 2011/2717 25	José Javier Díez Núñez	María Inés, "Beta Properties S.L." y "Yellow Car S.A."
SAP Murcia, 01.10.1992	AC 1992/1479	Joaquín Ataz López	Araceli C. L. y Mariano A. B.
SAP Murcia, sec. 1ª, 26.07.2012	JUR 2012/2765 37	Andrés Pacheco Guevara	Auxiliar Conservera, S.A. y Anfora Quality Products, S.L.

SAP Navarra, sec. 1ª, 02.07.2004	AC 2004/1736	José Julián Huarte Lázaro	Costanza, Maribel, María Virtudes y Flora, Sonia.
SAP las Palmas, sec. 1ª, 05.11.2010	JUR 2011/2528 51	Inocencia Eugenia Cabello Díaz	Sergio y Ministerio Fiscal, Juan Luis, Adoración, instituto de educación secundaria Llanos del Polvo.
SAP Pontevedra, sec. 6ª, 07.06.2006	JUR 2006/2534 90	Magdalena Fernández Soto	Elvira, Rosendo y AIR COMET, S.A.
SAP Rioja, sec. 1ª, 10.05.2006	RJ 2006/1835 92	Luis Miguel Rodríguez Fernández	Julián y María Teresa.
SAP Segovia, sec. única, 30.09.2003	JUR 2003/2444 22	Pilar Alvarez Olalla	Juan Manuel y Soledad.
SAP Sevilla, sec. 5ª, 18.11.2008	AC 2009/66	Juan Márquez Romero	Consuelo , Antonio, Iván y Viajes El Corte Inglés S.A.
SAP Sevilla, sec. 5ª, 08.01.2009	JUR 2009/2001 09	Fernando Sanz Talayero	Secundino, Constanza y Vía del Atlántico S.L.
SAP Soria, sec. 1ª, 23.07.2010	JUR 2010/3361 25	Rafael Fernández Martínez	Piedad, Carlos Antonio y Ministerio Fiscal.
SAP Toledo, sec. 1ª, 27.02.2007	JUR 2007/2340 18	Gema Adoración Ocáriz Azaustre	José Luis, Gonzalo y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL.
SAP Valencia, sec. 9ª, 18.02.2005	AC 2005/524	Mª Antonia Gaitón Redondo	Marí Luz y Agencia de Viajes Inserval Travel, SL.
SAP Valencia, sec. 7ª, 10.04.2007	AC 2007/1191	María del Carmen Escrig Orenga	Gregorio, Andrés y CONSTRUCCIÓN Y DERECHO, SA.
SAP Valladolid, sec. 3ª, 18.11.1997	AC 1997/2209	José Donato Andrés Sanz	Agustín H. F. y Enrique P. G.
SAP Valladolid, sec. 3ª, 25.01.2007	JUR 2007/2550 50	Ángel Muñiz Delgado	CAJA LABORAL POPULAR COOPERATIVA DE CREDITO CAJA LABORAL y Carlos Daniel, Encarna.
SAP Valladolid, sec. 3ª, 20.05.2008	JUR 2008/3222 02	Miguel Ángel Sendino Arenas	Carlos Jesús, Lucía y Luisa.
SAP Valladolid, sec. 1ª, 27.11.2009	JUR 2010/3574 0	José Ramón Alonso-Mañero Pardal	Olegario, Ángela y BETO ESTUDIOS INMOBILIARIOS, S.L."
SAP Vizcaya, sec. 5ª, 21.07.2000	AC 2000/2026	Reyes Castresana García	Jesús E. A., Begoña H. P. y Cosme E. Z., Servicio Vasco de Salud- Osakidetza.
AAP Vizcaya, sec. 4ª, 17.07.2003	AC 2003/1752	Lourdes Arranz Freijo	Lucas y Ramona, Eusebio, Josefa, José Agustín.

AAP Vizcaya, sec. 3ª, 19.07.2005	AC 2005/1663	Ana Isabel Gutiérrez Gegúndez	Sebastián y Luis Francisco, María Ángeles, Alfredo, Dolores, Maite, Gerardo, José Enrique.
SAP Zamora, sec. 1ª, 29.07.2011	JUR 2011/3588 32	Luis Brualla Santos-Funcia	Silvio y VEA CENTRO LASER DE OFTALMOLOGÍA.
SJPII, nº 2, Palma de Mallorca, 10.05.2012	AC 2012/466	Francisco José Pérez Martínez	Cristina, Sixto y Clínica Estudio Médico Especializado en Contracepción y Esterilidad (E.M.E.C.E.), Pedro Francisco , W.R. Berkley España Insurance (Europe) Limited Sucursal España y Agrupación Mutua Asegurador (A.M.A.).

### Jurisprudencia extranjera

Laudo Arbitral Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia correspondiente al caso Nº 54/1999, 24.01.2000	Clout 41, Caso 474	Empresa americana y empresa rusa.
Abstract Laudo ArbitralChongqing Peiling District People's Court (China), 00.00.2009	<a href="http://www.unilex.info/case.cfm?id=1764">http://w ww.unilex .info/case. cfm?id=17 64</a>	Mr. and Mrs. Jiang v. Mr. Yuan
Laudo Arbitral Centro de Arbitraje de México, 30.11.2006	<a href="http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149">http://w ww.unilex .info/case. cfm?id=11 49</a>	
Sentencia Cour d'appel de Grenoble de 21.10.1999	Clout 29, Caso 313	Société Calzados Magnanni v. SARL Shoes General International (SGI).
Sentencia House of Lords (UK), caso Addis v. Gramophone Co. Ltd	[1909] AC 488	Addis y Gramophone Co. Limited.
Sentencia Court of Appeal (Civil Division) (UK), caso Bliss v. South East Thames RHA	[1985] IRLR 308	Bliss y South East Thames Regional Health Authority

Sentencia House of Lords (UK), caso Farley v. Skinner.	[2001] <b>UKHL 49</b>		Farley y Skinner.
Sentencia Court of Appeal (UK), caso Jackson v. Horizon Holidays Lmtd.	[1974] <b>EWCA Civ 12</b>		Julian Anthony Jackson y Horizon Holidays Limited.
Sentencia Court of Appeal (UK), caso Jarvis v. Swans Tour Ltd.	[1972] EWCA Civ 8		James Walter John Jarvis y Swans Tours Limited
Sentencia Court of Appeal (UK), caso Watts v. Morrow.	[1991] EWCA Civ 9		Ian Roscoe Watts, Lesley Mary Samuel Watts y Ralph Morrow.
Sentencia Tribunal de Apelación del Estado de São Paulo (Brasil), Sala 16ª de Derecho Privado 1.170.013-1 , 03.07.2007	Clout 122, Caso 1181		Auto Posto Shopping Diadema Ltda. & others v. Mercoil Distribuidora de Petróleo Ltda.
ST. Charles v. Kender, Appeals Court of Massachusetts (USA).	NO. 94-P- 153. 38 Mass. App. Ct. 155 (1995)	Kass, J.	Glatide St. Charles y Winifred Kender.
Allen v. Jones, Court of Appeals of California (USA), Fourth Appellate District, Division Two.	104 Cal. App. 3d 207 [163 Cal. Rptr. 445]		Carl D. Allen y Nicholas Jones.
Windeler v. Scheers Jewelers, Court of Appeals of California (USA), First District, Division One.	DOCKET NO. 26155. 8 Cal.App.3 d 844 (1970) 88 Cal. Rptr. 39		Phyllis Windeler y Scheers Jewelers.
Hill v. Sereneck, Court of Civil Appeals of Alabama (USA).	CIV. 1302. 355 So.2d 1129 (1978)	Bradley (Judge).	Bennie Hill, Hill Construction Company Y Edwin L. Sereneck, Cathy Sereneck.

Lafleur v. Jhon Deere Company, Supreme Court of Louisiana (USA), 23.06.1986	NO. 85-C-2402. 491 So.2d 624 (1986)	Calogero (Justice)	Arlen Lafleur, Jhon Deere Company, F. Hollier & Sons, INC.
Creger v. Robertson, Court of Appeal of Louisiana (USA), 29.03.1989	NO. 20417-CA. 542 So.2d 1090 (1989)	Lindsay (Judge)	Charles David Creger, Vita Jane Norris Creger y Richard Paul Robertson, Donna Catherine Welborne Robertson.
Meador v. Toyota of Jefferson, Inc., Court of Appeal of Louisiana (USA), 09.09.1975	NO. 6915. 322 So.2d 802 (1975)	Gulotta (Judge).	Bruce Meador, Gretchen Meador y Toyota of Jefferson, inc.
Thomas v. Bienville Parish School BD, Court of Appeal of Louisiana (USA), 21.08.1985	NOS. 17170-CA, 17171-CA. 475 So.2d 125 (1985)	Fred W. Jones, Jr. (Judge).	Phyllis Thomas y Parish School Board and Board of Trustees of the State Employees Group Benefits Program.
Jankowski v. Mazzotta, Michigan Court of Appeals (USA)	DOCKET NO. 2,476. 7 Mich. App. 483 (1967) 152 N.W.2d 49	McGregor, J.	Jankowski y Mazzotta.
Stewart v. Rudner, Supreme Court of Michigan (USA).	DOCKET NO. 39, CALEND AR NO. 47,051. 349 Mich. 459 (1957) 84 N.W.2d 816	Smith J.	Stewart y Rudner.



Chung v. Kaonohi Center co., Supreme Court of Hawaii (USA).	NO. 6190. 618 P.2d 283 (1980)	Richardson (Chief Justice).	Farrant CHUNG and Jordan Y.S. Lum, J & C Company, a Hawaiian Partnership, Farrant Chung and Jordan Y.S. Lum, Individual and General Partners y KAONOH I CENTER COMPANY, a Hawaiian General Partnership, Sheldon M. Gordon and E. Phillip Lyon, Individual General Partners, and Pearlridge Mall-joint venture 315068, Ed Brennan, Sheldon M. Gordon, E. Phillip Lyon, John Fujieki, and Northwestern Mutual Life Insurance Company, a Wisconsin Corporation, Partners and Joint Venturers, Defendants-Appellants, and Hawaii Shopping Center Corporation, a Hawaiian Corporation, William E. Prosser.
Lickteig v. Alderson, Ondov, Leonard, Supreme Court of Minnesota (USA).	NO. C3- 95-1373. 556 N.W.2d 557 (1996)	Gardebring (Justice).	Sandra L. Lickteig y Alderson, Ondov, Leonard & Sween, p.a.
Silva v. Albuquerque assembly & distrib. freeport whse. Corp., Supreme Court of New Mexico (USA).	1987- NMSC- 045, 106 N.M. 19, 738 P.2d 513 (S. Ct. 1987)	Tony Scarborough (Chief Justice).	Gloria Silva y Albuquerque Assembly & Distribution Freeport Warehouse Corporation.
Stanback v. Stanback, Supreme Court of North Carolina (USA).	NO. 94. 254 S.E.2d 611 (1979)	Brock (Justice).	Vanita B. Stanback y Fred J. Stanback.
Hirst v. Elgin Metal Casket co., United States District Court, D. Montana (USA), Great Falls Division.	NO. CV 76-40-GF. 438 F.Supp. 906 (1977)	Russell E. Smith (Chief Judge).	Jack Hirst, James Hirst, Charles Hirst, Greg Hirst, Carol Allison Y The ELGIN METAL CASKET COMPANY, a Delaware Corporation.
Brooks v. Hickman, United States District Court, W. D. Pennsylvania (USA).	CIV. A. NO. 83- 1313. 570 F.Supp. 619 (1983)	Weber (District Judge).	Benjamin BROOKS, Margaret Brooks y William J. HICKMAN, Jr., and Parker/Hunter.

Sentencia Corte di Cassazione, 32.05.2003 (Italia)	N° 8827	Dott. Vincenzo (presidente)	Ventura Alessandro, Dalla Riva Nadia y Assitalia SPA, Frigeri Fabic, USL-9 Reggio Emilia, Arcispedale S Maria Nuova Reggio Emilia, Sartori Fabrizio, Allianz Subalpina SPA, Vittoria Assic Spa, Zinelli Giovanni.
Sentencia Corte di Cassazione, 15.04.2013 (Italia).	N° 9073	A. De Renzis (presidente)	Giuseppe Bottero e Italia Hospital SPA.
Sentencia Tribunale Di Lecce, Prima Sez. Civile, 07.01.2013 (Italia)	N° 53	Dr.ssa Federica Sterzi Barolo (Giudice).	G.S.A. + 7 y VILLAGGIO "CRDV".
Sentencia Tribunale Di Milano, Sezione XI Civile, 16.12.2010 (Italia)	N° 14418	Cicuto (Giudece)	Tours S.p.A. y il sig. Avv. XXXX e la sig.ra XXXX.
Sentencia de la Cour de Cassation, 20.12.1988 (Francia).	N° de pourvoi: 87-15128	M. Ponsard (président).	Monsieur Bernard, Charles, Jacques X. y compagnie The Contingency Insurance Limited.
Sentencia de la Cour de Cassation, 04.11.1992 (Francia).	N° de pourvoi: 90-21285	M. de Bouillane de Lacoste (président).	Mlle X y la société Albatros.
Sentencia de la Cour de Cassation, 08.04.2010 (Francia).	N° de pourvoi: 09-14701	M. Charruault (président).	M. X. y société Suravenir.
Sentencia de la Cour de Cassation, 15.05.2012 (Francia).	N° de pourvoi: 11-10278	M. Espel (président).	Mme y société Jafa, société Reine Victoria.
Sentencia de la Cour de Cassation, 26.02.2013 (Francia).	N° de pourvoi: 11-20099	M. Lacabarats (président).	Mme y société Air Austral.
Sentencia de la Cour de Cassation, 04.12.2013 (Francia).	N° de pourvoi: 12-23063	M. Linden (président).	M.X. y société Menuiserie du Ranch.
Sentencia de la Cour d'appel de Fort-de-France, 17.02.2012 (Francia).	N° de RG 11/00003	Monsieur FAU (Président de Chambre)	Madame Julienne Francine y Compagnie d'assurances aseguradora colseguros sa west caribbean airways.
Sentencia de la Cour d'appel de Rennes, 13.09.2007 (Francia).	N° de RG: 06/07003	Francine Segondat (président).	Monsieur Thierry X y La S.N.C. Mondial Moquette.

Sentencia Corte Superior de Lambayeque, 1ª Sala Penal Transitoria, 07.02.2005 (Perú).	Casación Nº 002865-2002	Alfaro Álvarez	Seguro Social de Salud ESSALUD y Franciles Martos Leyva.
Sentencia Corte Superior de la Libertad, Sala Civil Transitoria, 06.11.2011 (Perú).	Casación Nº 001848-2010	Ticona Postigo	Carlos Celestino Ponce Cortijo y La Municipalidad Distrital de Casa Grande, Pablo Flores Jara, Hender Arnaldo Huaccha Paredes, Bertha Hilda Vizconde Villacorta, Roger Ganoza Torres, Jorge Pablo Bazán Chávarry.
Sentencia Corte Superior de Piura, Sala Civil Transitoria, 08.06.2008 (Perú).	Casación Nº 000530-2008	Castañeda Serrano	Julio César Castro Castro y “Diario Correo”.
Sentencia Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, 30.10.2006 (Perú).	Casación Nº 000286-2006	Ticona Postigo	David Héctor Delgado Cavero y Carmen Rengifo Rojas.
Acuerdo de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, 26.09.2011 (caso ORTIZ, Silvana contra BANCO BOSTON N.A. sobre Daños y perjuicios - Sumarísimo) (Argentina).	VLEX- 336373074		Silvana Ortiz y Banco Boston N. A.
Acuerdo de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, 28.12.2011 (caso VOLPATTO, Susana contra CALI, Silvina D. sobre Juicio de Escrituración y/o otros) (Argentina).	VLEX- 356767434		Susana Volpatto y Silvina D. Cali.
Dictamen Nº 87 XXXIV de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29.12.1998 (Argentina).	VLEX- 39894026		Las Heras, Oscar Alfredo y Avianca Aerovías Nacionales de Colombia.
Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 27.03.2001 (caso Kobelinsky, Federico Samuel y Otro C/ Banco Mercantil Argentino) (Argentina).	VLEX- 35431966		Kobelinsky, Federico Samuel y Banco Mercantil Argentino.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil y comercial federal , 25.03.2010 (caso noia lucas damián y otro c/ lan airlines sa s/ daños y perjuicios) (Argentina).	VLEX-248534690	Noia Lucas Damián e lan Airlines S.A.
Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 05.05.2010 (caso González Ricardo Adrián Contra Cti Pcs S.A. Sobre Ordinario) (Argentina).	VLEX-247622558	Ricardo Adrián González y Cti Pcs S.A.
Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 27.08.2014 (Caso Gimenez María Alejandra contra LA CAMARA S.A.) (Argentina).	VLEX-557029534	María Alejandra Gimenez y LA CAMARA S.A.
Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 04.02.2015 (caso Gutiérrez Claudio Roberto contra SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA S.A. Y OTROS) (Argentina).	VLEX-560560046	Claudio Roberto Gutiérrez y SAMSUNGS ELECTRONICS ARGENTINA S.A.
Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 09.03.2015 (Caso L.R. contra C.H.R. y OTROS) (Argentina).	VLEX-561605634	L.R. y C.H.R.
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, 08.10.2010, Sala Civil y Comercial (Paraguay).	Acuerdo y Sentencia n° 473	Conductor y víctima.
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, 10.06.2011, Sala Primera (Paraguay).	Acuerdo y Sentencia n° 34	ANDE y víctima.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, 10.06.2011, Sala Quinta (Paraguay).	Acuerdo y Sentencia n° 61		Entidad bancaria y víctima.
Sentencia del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 04.02.2010, Sala Tercera (Paraguay).	Acuerdo y Sentencia n° 4		Consumidor y prestador de servicios mecánicos.
Sentencia del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 14.06.2010, Sala Tercera (Paraguay).	Acuerdo y Sentencia n° 50		Empresa aseguradora y víctima.
Sentencia del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 19.05.2011, Sala Primera (Paraguay).	Acuerdo y Sentencia n° 19		Asegurada y Mapfre.
Sala segunda de lo Civil y de lo Administrativo, 02.11.1999 (Cuba)	Sentencia n° 110	Díaz Tenreiro	
Sentencia del Tribunal Provincial de Ciudad de la Habana (Cuba), Sala segunda de lo Civil y Administrativo, 02.11.1999	Sentencia n° 110	Díaz Tenreiro	
Tribunal Supremo, Sala Civil y de lo Administrativo, 09.11.2002 (Cuba)	Sentencia n° 697	Carrasco Casi	
Ejecutoria num. 1A./J. 52/2009 de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 01.07.2009 (México).	VLEX-69235563	Juan N. Silva Meza	Partes contratantes de un contrato de compraventa.
Tesis aislada num. 1a. XXVI/2011 de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, 01.02.2011, amparo directo 16/2010 (México).	VLEX-300844070	Juan N. Silva Meza	Norma Ayub Kuri de Aboumrad.
Ejecutoria num. i.5o.c. j/39, de los Tribunales Colegiados de Circuito, 01.01.1995, amparo directo 5685/94 (México).	VLEX-26831211	Humberto López Mejía	José Sulaimán Chagnón y José Luis Camarillo

Ejecutoria num. 1.30.C./71 (9a.) de los Tribunales Colegiados de Circuito, 08.10.2009, amparo directo 412/2009 (México).	VLEX- 355273910	Benito Alva Zenteno	Dañada y aseguradora.
Tesis Aislada num. i.8o.c.9 c (10a.), Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito, 01.02.2013, amparo directo 477/2012 (México).	VLEX- 428701302	Ma. Del Refugio González Tamayo	Banco Nacional de México S.A. y afectado.

## BIBLIOGRAFÍA

ABELLA RUBIO, José María (2012), "Efectos del incumplimiento", en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (coordinador), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, Consejo General del Notariado, Madrid, págs. 361-381.

ABERASTURI GORRIÑO, Unai (2013), "El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la ley orgánica de protección de datos de carácter personal", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 41-42, págs. 173-206.

ACCIARRI, Hugo, IRIGOYEN TESTA, Matías (2015), "Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición", en GÓMEZ POMAR, Fernando, MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, págs. 189-242.

ACEDO PENCO, Ángel (2008), *Contratos y responsabilidad civil: cuestiones jurídicas actuales. Supuestos concretos y soluciones jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid.

ACEDO PENCO, Ángel (2013), *Derecho de familia*, Dykinson, Madrid.

ACEDO PENCO, Ángel, PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino (2005), *Código Civil de la República de Cuba. Ley N° 59/1987 de 16 de julio. Anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español*, Dykinson, Madrid.

ACEDO PENCO, Ángel (2011), *Teoría general de las obligaciones*, Dykinson, Madrid.

ACUM MALDONADO, Carolina (2011), "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en la sociedad de la información", *Revista de la contratación electrónica*, nº 115, págs. 3-25.

ADAME GODDARD, Jorge (1998), *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana.

AGÜERO RAMÓN-LLIN, Elena (2015), *Las indemnizaciones de las víctimas de accidentes de tráfico. El nuevo sistema de valoración de los daños y perjuicios personales. Ley 35/2015 de 22 de septiembre (BOE 23 de septiembre de 2015)*, Tirant lo Blanch, Valencia ([www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)).

AGUILAR GRIEDER, Hilda (2012), "Desafíos y tendencias en el actual derecho internacional privado europeo de los contratos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 2 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), págs. 23-48.

AGUILERA RULL, Ariadna (2013), *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia.

AGUILERA RULL, Ariadna (2015), "Daño moral por discriminación", en GÓMEZ POMAR, Fernando, MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, págs. 615-651.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luís (1997), "Comentarios a los artículos 110 y 113 del CP", en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, ALBÁCAR LÓPEZ, José Luís (directores), en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, págs. 1384-1391, 1414-1430.

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (1989), "Comentario al art. 1100 CC", en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, EDERSA, Madrid, págs. 353-374.

ALBADALEJO, Manuel (2011), *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, S.L., Madrid.

ALBANÉS, Antonio (2005), "Las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones en el contrato de seguro", *Revista Española de Seguros. Publicación doctrinal de Derecho y economía de los seguros privados*, julio-diciembre, números 123-124, volumen I, págs. 547-550.

ALEMÁN MONTERREAL, Ana (2011), "Algunas observaciones sobre el daño moral", *Revista General de Derecho Romano*, Nº 16 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

ALGARRA PRATS, Esther (2012), "Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson S.L., Madrid, págs. 11-60.

ALMAGRO NOSETE, José (2011), "La responsabilidad civil de los controladores aéreos", *Diario La Ley*, Nº 7563, Sección Columna, 7 Feb. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

ALONSO BAQUER, Miguel (2004), "El Caballero, héroe, soldado y militar", *Revista del Ejército de Tierra Español*, Nº 765, diciembre de 2004 (<http://www.portalcultura.mde.es>), págs. 6-18.

ÁLVAREZ ALONSO, Diego (2009), "Indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral (III): aspectos procesales", *Actualidad Laboral*, Nº 14, Sección Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 16 al 31 Jul. 2009 ([revista-actualidadlaboral.laley.es](http://revista-actualidadlaboral.laley.es)).



ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar (2002), *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra.

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar (2010), "Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial", *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 9/2011, BIB 2010\2878, ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar (2013), "Comentario art. 1422 CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 1907-1908.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael (1993), "Comentario al art. 1124 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 96-100.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael (1966), "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, fascículo I, enero-marzo MCMLXVI, págs. 81-116.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (1978), *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid.

ALLUEVA AZNAR, Laura (2013), "Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Secc. 1ª), de 12.7.2012, *Indret* 1/2013 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

AMAT LLOMBART, Pablo (2010), "Régimen jurídico de la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007", *Actualidad jurídica Aranzadi*, num. 797/2010 (comentario), BIB 2010/750, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

ANDREU MARTÍNEZ, Belén (2001), "Admisibilidad del lease-back y prohibición de pacto comisorio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 16 de mayo de 2000", *Revista de Derecho Privado*, Año nº 85, noviembre 2001, págs. 896-932.

ANDREU MARTÍNEZ, Belén (2003), "Resolución por retraso en la entrega de vivienda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002 (R.J. 10432)", *Revista de Derecho Privado*, Núm. 2003-03, mayo 2003 (<http://vlex.com>).

ARAGÓN REYES, Manuel (1999), "El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1999, Madrid, págs. 13-36.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel (2010), "Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Indret* 4/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

ARCOS VIEIRA, María Luisa (2002), "Comentario Ley 559 Fuero Nuevo de Navarra", en RUBIO TORRANO, Enrique (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, págs. 1898-1907.

ARCOS VIEIRA, María Luisa (1996), "Sobre el contrato de mandato en el código civil y en el fuero nuevo", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 22, págs. 61-86.

ARENAS RAMIRO, Mónica (2005), "Integración europea y protección de datos personales. Las garantías específicas del derecho a la protección de datos personales", *Anuario de la facultad de derecho* (Universidad de Alcalá), nº 2005, años 2004-2005, págs. 7-35.

ARIAS POU, María, MARTÍN FERNÁNDEZ, Sonia (2007), "La protección de datos, un derecho del consumidor", *Actualidad Administrativa*, nº 20, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Nov. 2007, tomo II, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

ARRIGO, Tommaso (2009), "Il danno alla persona", en VISINTINI, Giovanna (directora), *Trattato della responsabilità contrattuale. Volume terzo. Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, CEDAM, Padua, págs. 237-249.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara (2013), "Comentario a los arts. 1106 y 1107 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (director), *Comentarios al Código Civil*, tomo VI (arts. 1043 a 1264), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 8102-8129.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. (2007), "Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, págs. 35-67.

ATIENZA NAVARRO, M<sup>a</sup>. Luisa (2000), *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada.

AZPARREN LUCAS, Agustín (2011), "Comentario a los arts. 128 y 129 del TRLGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, págs. 1158-1177.

BADOSA COLL, Ferran (1993), "Comentario al art. 1096 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 23-26.

BADOSA COLL, Ferran (1993), "Comentario al art. 1100 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 32-34.

BADOSA COLL, Ferran (1993), "Comentario al art. 1105 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 42-44.

BADOSA COLL, Ferran (1987), *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Cometa, S.A., Zaragoza.

BAJAC ALBERTINI, Miguel Oscar (2008), "Consideraciones sobre el daño, con énfasis en el daño moral", en NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Victor Manuel (director), *Responsabilidad civil daños y perjuicios. Doctrina nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*, Division de investigacion, legislacion y publicaciones centro internacional de estudios judicial, Asunción, págs. 15-34.

BALZARINI, Marco (1983), «*De iniuria extra ordinem statui*». *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, CEDAM, Padua.

BARÓ PAZOS, Juan (1993), *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander.

BARRADA ORELLANA, Reyes (2010), "El régimen de participación en las ganancias", en MONJE BALMASEDA, Óscar (coordinador), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, págs. 473-491.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada (2005), "Comentario al art. 25 LGDCU", en LLAMAS POMBO, Eugenio (coordinador), *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., Madrid, págs. 685-717.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008), "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *Pretium doloris*", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N° 1, págs. 85-106.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2007), *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2007), "Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, Nº. 1, págs. 7-22.

BAUCO, John U. (2002), "Acquista v. New York life insurance company: consequential damages, emotional distress, and protecting the insured and their insurer", *John's Law Review*, Winter 2002, Vol. 76 Issue 1, págs. 201-223.

BÁSCONES RAMOS, Juan Miguel (2010), "La responsabilidad de los auditores", *Auditoría Pública*, nº 52, págs. 57-70.

BEALE, Hugh (1980), *Remedies for breach of contract*, Sweet & Maxwell, Londres.

BEATSON, J. (1998), *Anson's law of contract*, Oxford University Press, New York.

BECH SERRAT, Josep María (2004), "SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2004: Responsabilidad civil por accidentes de trabajo. Jurisdicción competente. Culpa. Compatibilidad con las indemnizaciones laborales", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, año 2004, Nº 66, págs. 1257-1276.

BELADIEZ ROJO, Margarita (1997), *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid.

BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo (1990), *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán (2009), "Comentario art. 1263 CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 1494-1495.

BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Alberto (2002), "7 DE JUNIO DE 2002: Responsabilidad médica: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down; derecho de información, relación de causalidad", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 59, Editorial Civitas, págs. 857-868.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2009), "De nuevo sobre la responsabilidad por productos defectuosos", *Aranzadi civil-mercantil*, num. 7/2009 (tribuna), BIB 2009/696, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2011), "El dolo y la indemnización del daño moral", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 9/2011, BIB 2010\2877 (www.westlaw.es).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1984), "La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios", en BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (coordinador), *Comentarios a la ley general sobre consumidores y usuarios*, Estudios sobre consumo, número 3, diciembre 1984, Servicio de Publicaciones Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, págs. 125-147.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1992), "Sentencia de 15 de abril de 1992. Derecho al honor: extensión a las personas jurídicas", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 29, editorial Civitas, págs. 507-521.

BLANCH NOUGUÉS, José María (2002), "Delitos privados. Caracteres de la obligatio ex delicto", *Iustel* (www.iustel.com).

BLASCO JOVER, Carolina (2012), "Las novedades introducidas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social", *Actualidad Laboral*, N° 15, Sección Estudios, Septiembre 2012, tomo 2 (revista-actualidadlaboral.laley.es).

BLAY VILLASANTE, Francisco (1990), "Privilegios y limitaciones en las leyes sancionadoras militares", *Revista de Española de Derecho Militar*, N° 55, tomo I, págs. 35-66.

BLOOMFIELD, Kathryn (1987), "Recovering Nonpecuniary Damages for Breach of Contract Under Louisiana Law", *Louisiana Law Review*, Volume 47, number 3, págs. 541-558.

BONILLA SÁNCHEZ, Juan J. (2004), *La responsabilidad médica extracontractual*, Ediciones Laborum, Murcia.

BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo José (2010), "Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 83, editorial Civitas, págs. 885-904.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (2008), "Contratos con consumidores y usuarios", *Diario La Ley*, N° 6990, Sección Doctrina, 16 Jul. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (2008), "El nuevo texto refundido de consumidores y usuarios", *Diario La Ley*, N° 6990, Sección Doctrina, 16 Jul. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (2008), "La refundición de la legislación de consumo en España", *práctica de derecho de daños*, Nº 58, Sección Estudios, Marzo 2008, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

BONILLA CORREA, Jesús Ángel (2009), *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BRAVO BOSCH, María José (2007), "Sobre el dolo y la culpa en la iniuria", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 11, págs. 81-94.

BRENES CORTÉS, Josefa (2005), *Garantías por defectos en la construcción en la ley de ordenación de la edificación. Especial referencia al seguro de daños decenal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

BROWNE, Mark J., PUELZ, Robert (1999), "The Effect of Legal Rules on the Value of Economic and Non-Economic Damages and the Decision to File", *Journal of Risk and Uncertainty*, volumen 18, issue 2, Kluwer Academic Publishers, págs. 189-213.

BRU CUADRADA, Elisenda (2007), "La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC*, nº 5, págs. 78-92.

BUERES, Alberto J. (1986), *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires.

BURROWS, Andrew S. (1987), *Remedies for torts and breach of contract*, Butterworths, Londres.

BUSCH, Christoph, DOMRÖSE, Ronny (2012), "From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law. The Development of European Consumer and Market Law in 2011", *Journal of European Consumer and Market Law*, enero 2012, Volume 1, Issue 1, págs. 48-53.

BUSNELLI, F. D., COMANDÈ, G. (2001), "Damages under italian law", en MAGNUS, U. (editor), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Londres, págs. 117-141.

BUSNELLI, F. D., COMANDÈ, G. (2001), "Non-pecuniary loss under italian law", en HORTON ROGERS, W. V. (editor), *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, Nueva York, págs. 135-154.

BUSTO LAGO, José Manuel (2008), "Comentario al art. 73 Ley de Derecho Civil de Galicia", en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (coordinador), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson Aranzadi, Navarra, págs. 377-378.

BUSTO LAGO, José Manuel (2006), "La Responsabilidad Civil de los responsables de ficheros de datos personales y de los encargados de su tratamiento", *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2006 (Estudio), BIB 2006\503, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

BUSTO LAGO, José Manuel (2014), "Materiales para la construcción de la responsabilidad civil de los terceros de confianza: perspectiva desde la responsabilidad civil de auditores y de las agencias de *rating* y la teoría de las *flood gates*", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 18, 2014, págs. 31-64.

BUSTOS MORENO, Yolanda B. (2012), "El resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento en la filiación no matrimonial", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson S.L., Madrid, págs. 129-159.

CABALLERO GEA, José-Alfredo (2004), *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e injurias*, Dykinson, Madrid.

CALAFELL FERRÁ, Vicente Juan (1999), "Reflexiones sobre los tribunales de honor militares a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/1.997, de 29 de septiembre", *Revista de Española de Derecho Militar*, N° 74, tomo I, págs. 233-261.

CALDERON MADRIGAL, Salvador (2009), "Los tribunales de honor en el ámbito militar: antecedentes históricos", en MATAMOROS MARTÍNEZ, Rafael (Director), *Escuela militar de estudios jurídicos. Cuaderno práctico 2*, Imprenta Ministerio de Defensa, Madrid (<http://www.portalcultura.mde.es>), págs. 5-29.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis (2009), "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2009), Vol. 1, N° 2 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), págs. 52-133.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2009), "El Reglamento «Roma II»: Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 712, págs. 835-908.

CALLEJO CARRIÓN, Soraya (2005), "El derecho al honor: actualidad y crisis del concepto", *Actualidad Civil*, n° 14, quincena del 16 al 31 de julio de 2005 (<http://www.laley.es>).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2002), "Comentario a la Ley 555 del Fuero Nuevo de Navarra", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVIII, Vol.2º, Leyes 488 a 596 y disposiciones

transitorias, adicional y final de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, págs. 210-229.

CAMPAGNA, Anna (2010), "Figure di responsabilità contrattuale, sezione I, la somministrazione", en CENDON, Paolo, BALDASSARI, Augusto (directores), *Il danno a la persona*, tomo II, Zanichelli Editore, Bologna, págs. 2057-2071.

CAÑIZARES LASO, Ana (2016), "El tránsito de los derechos civiles de la mujer desde el franquismo al siglo XXI", en VERGE MESTRE, Tânia, GARCÍA RUBIO, María Paz, CAÑIZARES LASO, Ana, TORBISCO CASALS, Neus, GOOS, Christoph (autores), *Jornada sobre Derecho privado y género. Acto en recuerdo de la doctora Ariadna Aguilera Rull*, Indret ([www.indret.com](http://www.indret.com)), págs. 17-29.

CAÑIZARES LASO, Ana (2001), *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid.

CAPILLA RONCERO, Francisco (2004), "Consecuencias del incumplimiento", en CAPILLA RONCERO, Francisco (coordinador), *Introducción al Derecho patrimonial privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 290-295.

CAPILLA RONCERO, Francisco (2001), "contratos de servicios (I): prestación de servicios y ejecución de obra", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>o</sup> Rosario, VERDERA SERVER, Rafael (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 461-476.

CAPILLA RONCERO, Francisco (2003), "Las personas jurídicas: régimen general", en BLASCO GASCÓ, Francisco (coordinador), *Derecho civil. Parte general derecho de la persona*, edición de 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 389-408.

CARRASCO PERERA, Ángel (1989), "Comentario a los arts. 1106 y 1107 del CC", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XV, Vol.1, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, Edersa, Madrid, págs. 666-752.

CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen (2005), *Derecho de la construcción y la vivienda*, Dilex, Madrid.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2009), *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid.

CARRERA DOMÉNECH, Jorge (2004), "Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, N<sup>o</sup> 14/2004 (comentario) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).



CARRILLO, Marc (1996), "Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor", *Derecho privado y Constitución*, nº 10, septiembre-diciembre 1996, págs. 91-116.

CARTER, John W. (2012), *Carter's breach of contract*, Hart Publishing Ltd., Oxford.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio (2013), "La función de pena por la "iniuria" en la Ley de las XII Tablas", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº. 35 (<http://vlex.com>).

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2009), *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada.

CASTIGLIONI, Carmelo A. (2008), "La pérdida de chance y su aplicación en el derecho paraguayo", en NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Victor Manuel (director), *Responsabilidad civil daños y perjuicios. Doctrina nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*, Division de investigacion, legislacion y publicaciones centro internacional de estudios judicial, Asunción, págs. 69-81.

CELAYA IBARRA, Adrián (1997), "Comentario al art. 123 de la Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXVI, Ley sobre el derecho civil foral del País Vasco, Edersa, Madrid, págs. 533-540.

CILVETI GUBÍA, María Belén (2001), "Diferencias de leasing y del lease-back o retroleasing con el contrato de préstamo simple o mutuo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 55 de 2001, págs. 67-86.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto (1987), "Validez del contrato destinado a regular los efectos de la disolución del matrimonio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 14, págs. 4703-4710.

CLAVIJO AGUILERA, Fausto (1991), "El nuevo Código Civil de Cuba: Recuento y reflexiones", *Revista Cubana de Derecho*, nº 4, diciembre de 1991, págs. 33-53.

CLEMENTE MEORO, Mario E. (2011), "Comentario al art. 1124 CC", en ORDUÑA MORENO, Javier, PLAZA PENADÉS, Javier, RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, págs. 229-239.

CLEMENTE MEORO, Mario E. (2015), "El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 319-338.

CLEMENTE MEORO, Mario E. (1992), *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CLEMENTE MEORO, Mario E. (2011), "La resolución por incumplimiento en la *Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº 2131, mayo de 2011 ([www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)).

CLIVE, Eric (2008), "An Introduction to the Academic Draft Common Frame of Reference", *ERA Forum*, volume 9, issue 1, págs. 13-31.

CNUDMI (2010), "Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", *Publicación de las Naciones Unidas* ([www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

COHEN, Ronnie, O'BYRNE, Shannon (2005), "Cry Me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action-A North American Perspective", *American Business Law Journal*, Volume 42, Issue 1-6, 97-143, Winter/Spring, págs. 97-143.

COLÁS TURÉGANO, Asunción, VILARDELL MIR, Olga (2007), "Aspectos sustantivos y procesales del régimen de responsabilidad civil en la LO 5/2000 (modificada por LO 8/2006 de 4 de diciembre), reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *Estudios penales y criminológicos*, Nº 27, págs. 143-190.

COLINA GAREA, Rafael (2009), "Contratos de prestación de servicios y realización de obras", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (director), *Tratado de contratos*, tomo III, 2009, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 2873-3646.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2005), "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (presentada por la Comisión)", *Documentos COM*, nº 650 (<http://eur-lex.europa.eu>).

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2003), "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II")", *Documentos COM*, nº 427 (<http://eur-lex.europa.eu>).

CONDE ORTIZ, Concepción (2006), *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2006), *Derecho y vivienda*, Lerko Print, S.A., Madrid.

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador (2014), "La responsabilidad por comentarios ofensivos en Internet. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013. Asunto Delfi As contra Estonia", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, BIB 2014/658 (www.westlaw.es).

CORBELLA I DUCH, Josep (2012), *Manual de Derecho sanitario*, Atelier, Barcelona.

CORDERO LOBATO, Encarna (2000), "Comentario al art. 17 de la LOE", en CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna, GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> del Carmen (coordinadores), *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra, págs. 293-349.

CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, MORENO CATENA, Víctor (2005), *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

CRAFT, Edward (2012), "Perfecting the single market through optional law: The Common European Sales Law", *Mondaq Business Briefing*, enero 2012 (<http://vlex.com>).

CRICENTI, Giuseppe (2006), *Il danno non patrimoniale*, Cedam, Padua.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel (1989), *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid.

CRUZ VILLALÓN, Jesús (2003), *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2013), "La responsabilidad de las compañías aéreas por cancelaciones y retrasos de vuelos", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 32, septiembre-diciembre 2013, págs. 265-293.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María (2012), "El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la ley reguladora de la jurisdicción social", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVI, núm. 2142, mayo de 2012 ([www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)).

DARAY, Hernán (1995), *Daño psicológico. Caracterización. Diferencia con el agracio moral. Reclamación. Fijación. Monto indemnizatorio. Prueba. Técnicas de evaluación. Jurisprudencia sistematizada*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1993), "Comentario a los arts. 1106 y 1107 del CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 45-62.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (1999), *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (2008), *Derecho civil de España*, Tomo I, Thomson Civitas, Navarra.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1991), *La persona jurídica*, Civitas, Madrid.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1988), *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, S.A., Madrid.

DE LA HAZA DÍAZ, Pilar (1997), *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viaje*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid.

DE LA HAZA DÍAZ, Pilar (1996), *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel (2012), "Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 730, págs. 1037-1047.

DELEBECQUE, Philippe, PANSIER, Frédéric-Jérôme (2001), *Droit des obligations. Responsabilité civile. Délit et quasi-délit*, Litec, París.

DELGADO VERGARA, Teresa (2009), "Algunos apuntes a propósito de la unificación de la responsabilidad civil", *Revista Cubana de Derecho*, nº 34, julio 2009, págs. 37-44.

DE LOS MOZOS, José Luis (1999), "Comentario a los arts. 1425 y 1426 del CC", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, vol. 3º, Edersa, Madrid, págs. 225-241.

DEL VALLE ARAMBURU, Romina (2012), "Análisis de la evolución de la reparación del daño moral en la injuria romana", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº. 42, págs. 327-335.

DE MIGUEL LORENZO, Ana M<sup>a</sup> (1993), *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid.

DE VERDA Y BEAMONDE, José Ramón (2009), "Resarcimiento del daño moral por intromisiones consentidas en el derecho a la propia imagen de menores (en relación al caso Marta del Castillo)", *Diario La Ley*, Nº 7171, sección tribuna, 11 may. 2009, Año XXX, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

DE VERDA Y BEAMONDE, José Ramón (2006), "Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano", en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coordinador), *Daños en el derecho de familia*, edición de 2006, Thomson Aranzadi, Navarra, págs. 19-39.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (2007), "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *Revista la Ley*, Nº 6676, miércoles, 21 de marzo de 2007, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

DÍAZ ALABART, Silvia (2008), "La responsabilidad civil por discriminación de las personas por causa de su discapacidad (art. 18 Liondap)", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, págs. 181-205.

DÍAZ ALABART, Silvia (2000), "Responsabilidad de los centros docentes públicos y de su profesorado por los daños causados por sus alumnos", en DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores (coordinadora), *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, págs. 11-37.

DÍAZ ALABART, Silvia (1990), "Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1903 del Código Civil", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo I, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, págs. 691-706.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup>. Dolores (2000), "La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores (coordinadora), *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, págs. 41-76.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto (1996), *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Navarra.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto (2004), "Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria", *Indret* 1/2004 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto (2003), "SENTENCIA DE 8 DE MAYO 2003: Responsabilidad civil médica: aplicación de la doctrina del «daño desproporcionado». Nexo causal. Aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 63, Editorial Civitas, págs. 1191-1209.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío (2006), *Eficiencia real y obligacional de la representación indirecta*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema (2011), "Comentario a los arts. 1106 y 1107 CC", en ORDUÑA MORENO, Javier, PLAZA PENADÉS, Javier, RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III,

libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, págs. 125-147.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1984), "Cláusula rebus sic stantibus y resolución de los contratos. La prueba de los daños y perjuicios. El documento auténtico en casación", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 6, págs. 1911-1918.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2007), "Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, págs. 235-254.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2000), *Derecho de daños*, Thomson Civitas, Navarra.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2008), *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Navarra.

DÍEZ-PICAZO, Luis (1981), *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen 1, Tecnos, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato. Los contratos, Teoría general de obligaciones y contratos, consentimiento, objeto y causa. Vicios contractuales, interpretación y eficacia negocial*, Thomson Reuters Civitas, Navarra.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2008), *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Reuters Civitas, Navarra.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters Civitas, Navarra.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001), *Sistema de Derecho civil, volumen II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contrato en especial. Cuasicontratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio (2007), *Sistema de Derecho civil, volumen IV, derecho de familia, derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRIAS, Encarna, MORALES MORENO, Antonio Manuel (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid.

DÍEZ SCHWERTER, José Luis (2006), "La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina: una visión histórico comparativa", *Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, págs. 337-369.

DILMÉ, Jaume (2008), *Indemnizaciones por daños morales. Tomo I*, Thomson Aranzadi, Navarra.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel (1984), *Los tribunales de honor y la constitución de 1978*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther (2003), "El daño moral. Intento de concretización de un concepto", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, págs. 263-270.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther (2005), "La valoración del daño moral en Partidas 7, XV", *Acta Historica Et Archaeologica Mediaevalia*, Nº 26, págs. 243-253.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2007), *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar (2015), "Inminente y esperada modificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13/2015, págs. 167-192.

DOMÍNGUEZ SUÁREZ, Iris, GARCIA BUENO, Diansy (2004), "Breve análisis del daño moral en la legislación laboral cubana vigente", *Revista Cubana del Tribunal Supremo Popular*, n. 2, año 2, junio de 2004, págs. 16-20.

D'ORS, Alvaro, HERNANDEZ-TEJERO, Francisco, FUENTESECA, Pablo, GARCIA-GARRIDO, Manuel, BURILLO, Jesús (1975), *El digesto de Justiniano*, tomo III, libros 37-50, Editorial Aranzadi, Navarra.

DRY, Roxana Sandra (2001), *Daño moral. Legitimación activa. Daños punitivos. Cuantificación*, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires.

DURANY PICH, Salvador (2000), "Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores", *Indret*, 2/2000 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

EDUCATE, Michael (2013), "The Common European Sales Law's compliance with the subsidiarity principle of the European Union", *Chicago Journal of International Law* (<http://vlex.com>).

EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup>. Ángeles (2000), "La responsabilidad civil de los menores derivada del delito o falta y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 17/2000, (BIB 2000/1945), ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

EISELEN, Sieg (2004), "Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of

the CISG", *Pace Law School Institute of International Commercial Law* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>).

ELIZALDE REDÍN, Germán (2011), "¿Es indemnizable la infidelidad?", *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 2/2011 (*Fichas de Jurisprudencia*), editorial Aranzadi, Navarra, BIB 2011\423, ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier (2007), *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Navarra.

ESCUTIA ROMERO, Raquel (2010), "La difamación pública en derecho romano", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 22, págs. 65-104.

ESPIAU ESPIAU, Santiago (2000), "Sentencia de 31 de mayo de 2000. Daño moral: concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño moral y responsabilidad por incumplimiento contractual", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 54, Editorial Civitas, págs. 1277-1287.

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano (1986), "Aspectos de la responsabilidad civil con especial referencia al daño moral", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Nº. 9, págs. 41-68.

ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, OLARIU, Ozana (2013), "La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo", *Indret* 1/2013 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

ESTEVE PARDO, Asunción (2015), "El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVXIII, fasc. II, págs. 601-624.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús (2011), "Comentario al art. 1591 CC", en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (directores), *Código Civil Comentado*, volumen IV, Libro IV de las obligaciones y contratos, contratos en particular, derechos de daños y prescripción (artículos 1445 al final), Thomson Reuters Civitas, Navarra, págs. 498-510.

EVANGELIO LLORCA, Raquel (1997), *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, McGraw-Hill, Madrid.

FARNÓS AMORÓS, Esther (2015), "Daño moral en las relaciones familiares", en GÓMEZ POMAR, Fernando, MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, págs. 529-567.



FARNÓS AMORÓS, Esther (2005), "El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004", *Indret* 2/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

FARNÓS AMORÓS, Esther (2007), "Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 16.1.2007", *Indret* 4/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

FARNSWORTH, Edward Allan (1998), *Farnsworth on contracts*, Volumen III, Aspen Law & Business, Nueva York.

FARNSWORTH, Edward Allan (1999), *United States contract law*, Juris Publishing, United States of America.

FAURE ABBAD, Marianne (2003), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LGDJ, París.

FAYOS GARDÓ, Antonio (2011), "Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil. Una perspectiva española y norteamericana", *Actualidad Civil*, tomo 2011-2, números 1 a 22, editorial La Ley, Madrid, págs. 1562-1570.

FENOY PICÓN, Nieves (2009), "La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores", *ADC*, tomo LXII, fasc. I, págs. 157-280.

FENOY PICÓN, Nieves (2010), "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento", *ADC*, tomo LXIII, fasc. I, págs. 47-136.

FENOY PICÓN, Nieves (2011), "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión general de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento" *ADC*, LXIV, 2011, fasc. IV, págs. 1481-1684.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela (1999) "Indemnización por daños derivados de depresión de trabajadora por trato económico discriminatorio de la empresa por razón de su sexo. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? Comentario a la STS de 10 abril 1999 (RJ 1999, 1912)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, año 1999, N° 3, págs. 289-296.

FERNÁNDEZ ASIÁIN, Eugenio (1946), "La culpa extracontractual en el Derecho navarro", *Príncipe de Viana*, año nº 7, nº 25, págs. 737-764.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier (1988), *El contrato de servicios médicos*, editorial Civitas, Madrid.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A., PARICIO, Javier (2002), *Fundamentos de derecho privado romano*, Editorial El Faro-Ediciones, Madrid.

FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES, Ramón J. (2008), "Alfonso X el sabio, candidato al sacro imperio romano germánico, y la proyección europea de las VII Partidas", *Revista General de Derecho Romano*, N° 11 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo (2000), "Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que discriminaba por razón de sexo (comentario a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 6, págs. 1944-1956.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, PÉREZ CEPEDA, Ana, SANZ MULAS, Nieves, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2001), *Manual de derecho penitenciario*, editorial Colex, ediciones Universidad de Salamanca, Madrid.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Begoña (2012), "Incumplimiento total", en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (coordinador), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, Consejo General del Notariado, Madrid, págs. 201-251.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles (2012), "La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales", en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (coordinador), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, Consejo General del Notariado, Madrid, págs. 383-489.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2012), "Optando por la normativa común de compraventa europea. *Opting for the Common European Sales Law*", *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 23 ([www.reeig.org](http://www.reeig.org)).

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2009), "Comunitarización del derecho internacional privado y derecho aplicable a las obligaciones contractuales", *Revista Española de Seguros*, n° 140, noviembre de 2009, págs. 595-616.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2010), "Aproximación al escenario jurídico contemporáneo", en en CERVANTES LIÑÁN, Luis, RIVERA ORÉ, Jesús Antonio (coordinadores), *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*, Motivensa SRL, Lima, págs. 63-100.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1996), "Daño al proyecto de vida", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Lima, N° 50, págs. 47-97.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2000), "Repensando el Código Civil Peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Lima, N° 53, págs. 373-422.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier (2006), *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Navarra.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier (2002), "Comentario a la Ley 83 Fuero Nuevo de Navarra", en RUBIO TORRANO, Enrique (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, págs. 251-256.

FERRER RIBA, Josep (2001), "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", *Indret* 04/2001 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

FERRER TAPIA, Belén (2015), "Gran retraso versus gran enfado en la llegada de pasajeros (a propósito de la propuesta de Reglamento por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 261/2004)", *Revista de Derecho Privado*, n° 6, noviembre-diciembre 2015, págs. 3-22.

FERRER VICENTE, José María (2004), "Evolución doctrinal y jurisprudencial de los daños morales", *VLEX* (<http://vlex.com>).

FIANDACA, Lucrezia (2009), *Il danno non patrimoniale. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè Editore, Milán.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (2014), "Mujer, Constitución Europea y Tratado de Lisboa", en PASTOR GOSÁLBEZ, M.<sup>a</sup> Inmaculada, ROMÁN MARTÍN, Laura, GIMÉNEZ COSTA, Ana (coordinadoras), *Integración europea y género*, Tecnos, Madrid, págs. 67-89.

FIORAVANTI, Maurizio (2000), *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid.

FLAMINI, Antonio (2009), *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

FLEBES YANES, Eloisa María (2012), "La adaptación de la ley orgánica de protección de datos en un despacho de abogados", *Diario La Ley*, n° 7831, sección doctrina, abril de 2012, año XXXIII, ref. D-140 (<http://www.laley.es>).

FLEMING, Jhon G. (1998), *The law of torts*, LBC Information Services, Sydney.

FLORIANA CURSI, Maria (2010), *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Jovene Editore, Nápoles.

FLORIANA CURSI, Maria (2002), *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Giuffrè Editore, Milán.

FRANZINA, Pietro (2009), “Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 1 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), págs. 92-101.

FRANZONI, Massimo (2009), “Il danno non patrimoniale del diritto vivente”, en PONZANELLI, Giulio, BONA, Marco (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Giuffrè Editore, Milán, págs. 199-221.

FUCHS, Angelika (2008), “A Plea for a Europe-Wide Discussion of the Draft Common Frame of Reference”, *ERA Forum*, volume 9, issue 1, págs. 1-6.

GALÁN CORTÉS, Julio César (2011), “Consentimiento informado”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina, GONZÁLEZ CARRASCO, María Del Carmen, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coordinadoras), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 363-407.

GALAND-CARVAL, Suzanne (2001), “Damages under french law”, en MAGNUS, U. (editor), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Londres, págs. 77-88.

GALAND-CARVAL, Suzanne (2001), “Non-pecuniary loss under Franch law”, en HORTON ROGERS, W. V. (editor), *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, Nueva York, págs. 87-108.

GAMERO CASADO, Eduardo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2007), *Manual básico de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid.

GAMERO CASADO, Eduardo (1997), *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Navarra.

GARBERÍ LLOBREGAT, José (2006), “Responsabilidad civil”, en GARBERÍ LLOBREGAT, José (director), *Práctica jurisprudencial del Código penal. Análisis temático y sistemático de jurisprudencia penal*, tomo I, págs. 565-795.

GARCÍA ÁLVAREZ, Belén (2010), “La aplicación de los límites de la responsabilidad del Convenio de Montreal al daño moral en el transporte de pasajeros (comentario a la STJCE de 6 de mayo de 2010)”, *Revista de Derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 5, págs. 290-296.

GARCÍA ÁLVAREZ, Belén (2012), “Los derechos de los viajeros en la Unión Europea: a propósito de la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 19 de

diciembre de 2011", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2012, vol. 4, nº 2, págs. 284-299.

GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria (2011), *Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978*, Sanz y Torres, Madrid.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL (1982), "Comentario al art. 68 del CC", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo II, artículos 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, págs. 190-198.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, Enrique (2008), "Responsabilidad derivada de la infracción del derecho de marca", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, págs. 281-299.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen (2010), *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

GARCÍA GIL, Francisco Javier (2000), *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*, Dilex S.L., Madrid.

GARCÍA GONZÁLEZ, Luis Eduardo (2010), "El daño moral en México ¿una evolución real?", *Themis*, nº 4, febrero 2010.

GARCÍA GOYENA, Florencio (1974), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Cometa S.A., Zaragoza.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio (1995), "Comentario a la Ley 83 Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVI, vol 2º, Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, págs. 22-61.

GARCÍA GREWE, Cristina (2015), "El informe especial para la exclusión del derecho de suscripción preferente y la responsabilidad civil del auditor de cuentas", *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 295/2015, (BIB 2015/887), ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

GARCÍA LÓPEZ, Rafael (1990), *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*, Bosch Editor, S.A., Navarra.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier, MARTÍN VIDAL, José Alberto (2001), "Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 664, 2001, págs. 649-680.

GARCÍA MUÑOZ, Oliver (2003), "Responsabilidad en el contrato de obra y daños morales. Comentario a la sts, 1ª, 31.10.2002", *Indret*, 2/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (2015), "Las acciones edilicias y el artículo 1124 del Código Civil", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 427-472.

GARCÍA PÉREZ, Rosa María (2011), "Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: La influencia del Derecho privado europeo", en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España. Incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Atelier, Barcelona, págs. 330-368.

GARCÍA RUBIO, María Paz (2007), "Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, enero-diciembre 2007, págs. 131-166.

GARCÍA RUBIO, María Paz (2011), "La discriminación por razón de sexo en la contratación privada", en LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, OTERO CRESPO, Marta (coordinadoras), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1073-1120.

GARCÍA RUBIO, María Paz (1999), *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje (en el contrato de viaje combinado)*, Montecorvo, Madrid.

GARCÍA RUBIO, María Paz (1991), *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid.

GARCÍA RUBIO, María Paz (2009), "La supuesta nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo en el ámbito del Derecho civil y mercantil", *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, estudios de 2009 (<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/sommaire.php?id=57>).

GARCÍA RUBIO, María Paz, OTERO CRESPO, Marta (2010), "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", *Indret* 2/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

GARCÍA-SAIS, Fernando (2007), "Las penas con pan son menos: el daño moral", *Revista el mundo del abogado*, nº 96, abril 2007, págs. 22-24.

GARCÍA VARELA, Román (2006), "El incumplimiento contractual y el daño moral", *La Ley*, AÑO XXVII. Número 6440. Martes, 14 de marzo de 2006, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

GARCÍA VARELA, Román (1998), "La apreciación del daño moral en el acto negligente de un procurador", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº2, págs. 1982-1983.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. (2008), "El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario la Ley*, nº 6957, sección doctrina, 30 May. 2008, Año XXIX, Ref. D-169 Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

GARRETA SUCH, José María (2002), *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Madrid.

GARRIDO PARENT, David (2008), "La responsabilidad del porteador aéreo por incidencias en el transporte de equipaje", *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 3 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

GARRIGA GORINA, Margarita (2003), "Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002", *Indret* 3/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

GASPAR LERA, Silvia (2011), "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. III, págs. 1041-1074.

GAY DE MONTELLÁ, R. (1936), *Código de Comercio español comentado (legislación, jurisprudencia y derecho comparado)*, tomo III, volumen I, Bosch, Barcelona.

GAYOSO ARIAS, Ramón (1918), "La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el positivo", *Revista de Derecho Privado*, Tomo V (enero-diciembre 1918), número 62 noviembre, págs. 324-331.

GEORGIJEVIC, Goran (2011), *Droit civil Mauricien. Les contrats, partie générale*, Éditions Universitaires Européennes, Sarrebruck.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (1993), "Comentario al art. 68 del CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo I, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 320-321.

GHERSI, Carlos A., ROSSELLO, Gabriela, HISE, Mónica (1998), *Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada*, Editorial Universidad, Buenos Aires.

GHIRARDI, Juan Carlos (2004), "Síntesis conceptual sobre la evolución del concepto de daño (*damnum iniuria datum* - daño injustamente causado) y responsabilidad extracontractual en derecho romano", *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Tomo IX, págs. 121-129.

GILI SALDAÑA, María Angels, MARÍN GARCÍA, Ignacio (2011), "Sentencia de 15 de diciembre de 2010. Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros. Causalidad material o física y causalidad jurídica o imputación objetiva. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Prohibición de condenas con reserva de liquidación", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº. 87, 2011, págs. 1751-1774.

GILI SALDAÑA, María Angels, MARÍN GARCÍA, Ignacio (2009), "Sentencia de 5 de marzo de 2009: Responsabilidad civil de los auditores frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Relación de causalidad e imputación objetiva", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº. 81, 2009, págs. 1341-1360.

GILI SALDAÑA, María Angels, MARÍN GARCÍA, Ignacio (2010), "Sentencia de 27 de mayo de 2009: Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Culpa extracontractual. Legitimación de los accionistas para el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los auditores de cuentas. Estipulaciones en favor de terceros. Regla de la mayor reciprocidad de intereses. Doctrina de la unidad de la culpa civil. Plazo de prescripción, cómputo e interrupción", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº. 83, 2010, págs. 1017-1044.

GILI SALDAÑA, María Angels, MARÍN GARCÍA, Ignacio (2009), "Sentencia de 9 de Octubre de 2008: Responsabilidad civil de los auditores frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Obligación de detectar errores y fraudes. Causalidad material y causalidad jurídica. Fin de protección de la norma violada", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº. 80, 2009, págs. 751-778.

GILI SALDAÑA, Marian (2007), "Morosidad, negligencia y contravención de compañía aérea por omisión de escala en el billete y retraso en vuelo intercontinental", *Indret 4/2007* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

GIMÉNEZ COSTA, Ana (2012), "La no discriminación", en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coordinadores), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Vol. I, Atelier, D.L., Barcelona, págs. 137-182.

GIMÉNEZ COSTA, Ana (2014), "Medios de la tutela y consecuencias jurídicas de una actuación contraria al principio de no discriminación por razón de género en la contratación privada", en PASTOR GOSÁLBEZ, M.<sup>a</sup> Inmaculada, ROMÁN MARTÍN,



Laura, GIMÉNEZ COSTA, Ana (coordinadoras), *Integración europea y género*, Tecnos, Madrid, págs. 219-253.

GIMENO LAHOZ, Ramón (2005), *La presión laboral tendenciosa (mobbing)*, Universitat de Girona, Girona.

GINÉS I FABRELLAS, Anna (2008), "La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios. Comentario a la STS, 1ª, 20.9.2007 (La Ley 6828; MP: Luis Fernando de Castro Fernández)", *Indret*, 1/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

GÓMEZ CALERO, Juan (1997), *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, Dykinson, Madrid.

GÓMEZ CALLE, Esther (2011), "Comentario al art. 1903 del CC", en ORDUÑA MORENO, Javier, PLAZA PENADÉS, Javier, ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno (coordinadores), *Código Civil Comentado*, volumen IV, libro IV de las obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (artículos 1445 al final), Thomson Reuters Civitas, Navarra.

GÓMEZ CALLE, Esther (2010), "Los principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil", en GUZMÁN MENDOZA, Carlos E., INSIGNARES CERA, Silvana (editores), *Política y derecho: Retos para el siglo XXI*, Ediciones Uninorte, Barranquilla, págs. 69-87.

GÓMEZ CALLE, Esther (2012), "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, págs. 29-102.

GÓMEZ GARRIDO, Javier (2010), "Derecho al honor y persona jurídico-privada", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 8, diciembre de 2010, págs. 205-225.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2015), "Concepto de daño moral", en GÓMEZ POMAR, Fernando, MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, págs. 27-82.

GÓMEZ POMAR, Fernando (2007), "El incumplimiento contractual en Derecho español", *Indret* 2/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

GÓMEZ POMAR, Fernando (2005), "El sudor de la frente y el daño moral. Comentario a la STS, 1ª, 22.9.2004", *Indret* 1/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

GÓMEZ POMAR, Fernando (2000), "Daño moral", *Indret* 1/00 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

GÓMEZ POMAR, Fernando (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid.

GONZÁLEZ CARRASCO, María Del Carmen (2009), "Eficacia del contrato", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Director), MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, QUICIOS MOLINA, Susana (coordinadoras), *Tratado de contratos*, tomo I, edición de 2009, Tirant lo blanch, Valencia, págs. 1195-1198.

GONZÁLEZ CARRASCO, María Del Carmen (2011), *Responsabilidad sanitaria y daño moral*, en GASCÓN ABELLÁN, Marina, GONZÁLEZ CARRASCO, María Del Carmen, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coordinadoras), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 553-585.

GONZÁLEZ ORVIZ, María Eloina (2007), *Responsabilidad por culpa "in eligendo" o "in vigilando"*, Bosch, Barcelona.

GOTANDA, John Y. (2006), "Opinión Consultiva No. 6, Valoración de los Daños y Perjuicios conforme al Artículo 74 de la CISG", *Consejo Asesor sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("CISG-AC")* (<http://www.cisgac.com>).

GRANADOS PÉREZ, Carlos (2008), "Daño civil derivado de delito", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, págs. 337-373.

GRANADOS PÉREZ, Carlos (1999), "Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo (director), *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 131-164.

GRANADOS PÉREZ, Carlos (2010), *Responsabilidad civil ex delicto*, La Ley, Madrid.

GRAPHIA, Gary P. (1990), "Nonpecuniary Damages: A Guide to Damage Awards Under Louisiana Civil Code Article 1998", *Louisiana Law Review*, volume 50, number 4, págs. 797-814.

GRIMALT SERVERA, Pedro (1999), *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada.

GUAITA, Aurelio, MOZO SEOANE, Antonio (1996), "Comentario al art. 26 CE", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, artículos 24 a 38, Edersa, Madrid, págs. 145-155.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino (2010), "El juicio de adecuación causal de la conducta de los menores y la concurrencia de culpas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2010 (BIB 2010/1278), ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

GUERRERO LEBRÓN, Macarena (2005), *La injuria indirecta en Derecho romano*, Dykinson, Madrid.

GUERRERO LEBRÓN, Macarena (2002), *La protección jurídica del honor post mortem en derecho romano y en derecho civil*, Editorial Comares, Granada.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (2005), *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel (2012), "El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social: garantías del procedimiento y contenido de la sentencia", *Relaciones Laborales*, Nº 8, Sección Legislación, Quincena del 15 al 30 Abr. 2012, Año 28, tomo 1 (<http://www.laley.es>).

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar (2012), "El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE)", *Diario La Ley*, Nº 7859, sección doctrina, 16 de may. 2012, año XXXIII, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar (2004), *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Comares, Granada.

HALLEBEEK, Jan (2013), "Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer dos ejemplos de la tradición romanística", *Glossae: European Journal of Legal History*, nº 10, págs. 215-225.

HALSON, Roger (2003), "Claims for Non-Pecuniary Loss in Employment Tribunals Following *Johnson v Unisys*", *Industrial Law Journal*, Vol. 32, no. 3, june 2003, págs. 214-217.

HARRIS, Donald, CAMPBELL, David, HALSON, Roger (2002), *Remedies in contract and tort*, Cambridge University Press, London.

HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel (2004), *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*, Dykinson, Madrid.

HERRERO GARCÍA, María José (1993), "Comentario al art. 1323 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 596-598.

HORTON ROGERS, W. V. (2001), "Damages under english law", en MAGNUS, U. (editor), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Londres, págs. 53-76.

HORTON ROGERS, W. V. (2001), "England. Non-pecuniary loss under english law", en HORTON ROGERS, W. V. (editor), *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, Nueva York, págs. 54-86.

IANNI, Vincenzo (2011), "Danno patrimoniale e danno non patrimoniale", en CENDON, Paolo (director), *Danni in generale integrità fisica e psichica criteri del risarcimento, Volume primo*, Cedam, Padua, págs. 93-114.

IGARTUA ARREGUI, Fernando (1984), "Sentencia de 9 de mayo de 1984. Daño moral contractual. Reconocimiento en sentencia apelada. Daños y perjuicios e incumplimiento de contrato. Frustración de las expectativas basadas en el contrato. Lesión a la permanencia en el ejercicio de una actividad", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 5, págs. 1631-1644.

IGLESIAS, Juan (2010), *Derecho romano. Historia e instituciones*, Sello Editorial, Madrid.

ILLESCAS RUS, Vicente (1999), "El daño moral estricto", en FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (director), *Valoración judicial de daños y perjuicios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 277-329.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2008), *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2011), "Cuando las vacaciones se convierten en una pesadilla", en MIURA ANDRADES, José María (director), *Te cuento la navidad. Visiones y miradas sobre las fiestas de invierno*, Aconcagua Libros, Sevilla, págs. 325-334.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2013), "El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 30, enero-abril 2013, págs. 169-197.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2008), "Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo", *Indret*, 2/2008([www.indret.com](http://www.indret.com)).

INFANTE RUIZ, Francisco José (2014), "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado", en MESA MARRERO, Carolina (directora), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 191-250.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2008), "La protección contra la discriminación mediante el Derecho privado", *Indret* 2/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

INFANTE RUIZ, Francisco José (2002), *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant lo Blanch, Valencia.

INFANTE RUIZ, Francisco José (2015), “Principios fundamentales de Derecho de familia”, en LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (editores), *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 13-37.

INGLÉS, Roberto (2010), “El daño moral”, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, Nº 56 (<http://vlex.com>).

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2009), “Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, págs. 741-765.

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita (2015), “Los riesgos a cargo del perjudicado”, en ORTI VALLEJO, Antonio, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (directores), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 131-179.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (2008), “Los intereses y el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias en el futuro Derecho civil europeo armonizado”, *Diario la Ley*, nº 7046, sección doctrina, 31 de octubre de 2008, año XXI (<http://www.laley.es>).

JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier Máximo (2002), “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera. Cumplimiento, incumplimiento de las obligaciones”, en SIMÓ SANTONJA, Vicente L. (coordinador), *Instituciones de Derecho privado*, tomo III, obligaciones y contratos, volumen 1º, Civitas Ediciones S.L., Madrid, págs. 113-195.

KOZIOL, Helmut (2005), “Comentario al art. 2:102 PETL”, en EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer Wien, New York, págs. 29-34.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (2007), *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones. Volumen primero. Parte general. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (2002), *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones, volumen II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (1993), *Estudios de derecho privado común y foral*, tomo III, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Bosch, Barcelona.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, RAMS ALBESA, Joaquín José (1988), “La comunidad matrimonial de conquistas en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 6, 2, págs. 11-34.

LAHERA FORTEZA, Jesús (2012), "Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social", *Relaciones Laborales*, nº 8, sección doctrina, Quincena del 15 al 30 Abr. 2012, Año 28, tomo 1 (<http://www.laley.es>).

LANDO, Ole (1998), "Non-performance (breach) of contracts", en AA.VV. HARTKAMP, Arthur (editor), *Towards a European civil code*, 2ª edición, Kluwer Law International, The Hague, págs. 681-697.

LANDRY, Robert E. (1987), "Lafleur v. John Deere Co.: No Recovery of Delictual Damages for Sale of a Useless Product", *Louisiana Law Review*, volume 48, number 1, págs. 183-199.

LARENA BELDARRAIN, Javier (2012), "El proceso por responsabilidad civil médica: consideraciones en materia probatoria", en MONJE BALMASEDA, Óscar (coordinador), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (el contenido reparador del consentimiento informado)*, Dykinson, S. L., Madrid, págs. 305-321.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2010), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid.

LATORRE LÓPEZ, Álvaro (1999), "La responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por un producto defectuoso", en FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (director), *Valoración judicial de daños y perjuicios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 397-429.

LEHMANN, Matthias (2009), "La prohibición de la discriminación en los derechos nacionales", en FERRER VANRELL, María Pilar, MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo (coordinadores), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Dykinson, Madrid, págs. 202-206.

LEIBLE, Stefan (2009), "La discriminación en el derecho comunitario", en FERRER VANRELL, María Pilar, MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo (coordinadores), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Dykinson, Madrid, págs. 191-201.

LEIBLE, Stefan (2006), "Non-discrimination", en FUCHS, Angelika (issue editor), *Special Issue. European contract law*, ERA, Brussels.

LEIBLE, Stefan (2008), "Non-discrimination", en SCHULZE, Reiner (editor), *Common frame of reference and existing EC contract law*, Sellier, Munich, págs. 127-145.

LETE ACHIRICA, Javier (2003), "Contratos celebrados con consumidores", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, págs. 613-666.

LETE DEL RÍO, José Manuel (1993), "Comentario al art. 279 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo I, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 821-824.

LIBERATI, Alessio (2009), *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*, Giuffrè editore, Milán.

LINACERO DE LA FUENTE, María (2010), "Concepto y límites del daño moral: el retorno al *Pretium doloris*", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 720, agosto, págs. 1559-1594.

LISO LARREA, M<sup>a</sup>. Socorro (2002), "Comentario Ley 566 Fuero Nuevo Navarra", en RUBIO TORRANO, Enrique (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, págs. 1929-1935.

LITVINOFF, Saul (1977), "Moral Damages", *Louisiana Law Review*, Volume 38, number 1, págs. 1-28.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen (2005), "La triple regulación de la responsabilidad civil de los padres derivada de los actos dañosos de sus hijos menores de edad", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 15, págs. 123-141.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (2010), "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", *Indret* 4/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (2012), "La injerencia del derecho de daños en la relación personal entre cónyuges", en CAMACHO CLAVIJO, Sandra, DE LAMA Y AYMÁ, Alejandra (coordinadoras), *Iguales y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 431-464.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura (2011), "Libertades personales y deberes entre cónyuges. La influencia de los comportamientos de las mujeres en la configuración actual de los deberes matrimoniales", en LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, OTERO CRESPO, Marta (coordinadoras), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 759-804.

LÓPEZ, Gregorio (1974), *Las Siete Partidas*, volumen III, Partidas V-VI-VII, Reprod. facs. de la ed. de: Salamanca por Andrea de Portonaris 1555, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (2015), *Derecho civil constitucional. Selección de textos*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (2012), *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús (1993), "Comentario al art. 1916 CC de México", en PORRÚA, Miguel Ángel (librero-editor), *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Texto Comentado*, Libro cuarto-primera parte de las obligaciones, tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 69-71.

LÓPEZ PELÁEZ, Patricia, MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup>. Fernanda (2007), "La responsabilidad civil en caso de comisión de un delito o falta penal", en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (editor), *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Dykinson, Madrid, págs. 99-105.

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen (2000), *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ ROMÁN, Eduardo, S. MORA, Juan (2009), "Un análisis de la estructura institucional de protección de datos en España. Un análisis jurídico y económico de la incidencia de las autoridades de control españolas en la garantía del derecho fundamental de autodeterminación informativa", *Indret* 2/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (2001), *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid.

LÓPEZ SANTANA, Nieves (2003), *El incumplimiento del contrato de viaje combinado por causa de huelga. La protección del turista*, Comares, Granada.

LÓPEZ VALVERDE, Marta (2014), *La responsabilidad civil médica. Evolución de la jurisprudencia desde el año 2009*, Sepín, Madrid.

LORCA NAVARRETE, Antonio María (2003), "Derecho Procesal y Foralidad en Vascongadas. En Particular el Proceso de saca Foral en la Doctrina y en la Reciente Jurisprudencia", *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 9/2003 (Estudio), (BIB 2003\954), ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

LUCA, D'Apollò, CLAUDIO, Venditti (2009), *Il nuovo danno alla persona. Le nuove frontiere del danno non patrimoniale alla luce della recentissima pronuncia 26972/08 delle Sezione Unite*, Nuova Giuridica, Matelica.

LUNA YERGA, Álvaro (2005), "Mamoplastia fallida. Comentario a la STS, 1<sup>a</sup>, 22.6.2004", *Indret* 01/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

LUNA YERGA, Álvaro (2003), "Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1<sup>a</sup>, 29.11.2002, ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz", *Indret* 02/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).



LUNA YERGA, Álvaro, PIÑEIRO SALGUERO, José, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, RUBÍ I PUIG, Antoni (2002), "Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el Derecho español", *Indret* 2/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

LUNA YERGA, Álvaro, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, MARÍN GARCÍA, Ignacio (2006), "Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida", *Indret* 3/2006 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

LUNA YERGA, Álvaro (2015), "Responsabilidad civil médico-sanitaria por anticoncepciones fallidas («wrongful conception») y por error de diagnóstico prenatal («wrongful birth y wrongful life»)", en ORTI VALLEJO, Antonio, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (directores), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 501-527.

LLAMAS POMBO, Eugenio (2010), "Comentario a los arts. 1101, 1106 y 1107 del CC", en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, págs. 1204-1209; 1217-1221.

LLAMAS POMBO, Eugenio (2007), "Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de daños", en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, págs. 443-478.

LLAMAS POMBO, Eugenio (1994), "25 de abril de 1994. Responsabilidad médica contractual- Prestación médica de servicios y no de obra cuando no se pacta un resultado concreto. Deberes que integran la obligación de medios del médico, obligación de informar al paciente del pronóstico y riesgos", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 36, Editorial Civitas, págs. 1005-1020.

MACANÁS VICENTE, Gabriel (2015), "La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 215-290.

MACKENDRICK, Ewan, WORTHINGTON, Katherine (2005), "Damages for non-pecuniary loss", en COHEN, Nili, MACKENDRICK, Ewan (editores), *Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford, págs. 287-325.

MAGRO SERVET, Vicente (2011), "Aplicación orientativa del baremo de tráfico a supuestos de lesiones distintos al derecho de la circulación", *Diario La Ley*, N° 7574, sección tribuna, 22 feb. 2011 (<http://www.laley.es>).

MANZANARES SAMANIEGO, José Luís (2010), *Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia)*, I, parte general (artículos 1 a 137), Comares, Granada.

MARCÍA MORILLO, Andrea (2005), *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARIANETTI, José Enrique (1997), *El daño psíquico y el daño moral*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa (2004), "¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?", *Editorial Aranzadi*, Navarra, BIB 2004\1732, ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa (2006), "Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas", en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coordinador), *Daños en el derecho de familia*, edición de 2006, Thomson Aranzadi, Navarra, págs. 179-201.

MARÍN GARCÍA, Ignacio (2009), "La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Indret* 2/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

MARÍN GARCÍA, Ignacio, LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel (2010), "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo", *Indret* 2/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

MARÍN GARCÍA, Ignacio, MILÁ RAFAEL, Rosa (2015), "Daño moral contractual", en GÓMEZ POMAR, Fernando, MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, págs. 245-305.

MARÍN MORAL, Isabel (2011), "La indemnización por despido", en MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (coordinador), *Volumen IV, la extinción del contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 1402-1504.

MARKS, Steve M. (1977), "Nonpecuniary Damages in Breach of Contract: Louisiana Civil Code Article 1934", *Louisiana Law Review*, volume 37, number 2, págs. 625-634.

MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio (2004), "Efectos de la responsabilidad civil "ex delicto". Indemnización de los daños materiales, corporales y morales", en MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio (director), *Responsabilidad civil "ex delicto"*, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Madrid, págs. 147-200.

MARRELLA, Fabrizio (2003), *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, CEDAM, Milán.

MARSAL GUILLAMENT, Joan, LAUROBA LACASA, Elena (2003), "Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios", en ESPIAU ESPIAU, Santiago, VAQUER ALOY, Antoni (editores), *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a european contract law*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 459-471.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim (2007), *La responsabilidad civil del abogado y del procurador. Estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y de procurador. Cuantificación de los daños y estudio de la casuística jurisprudencial*, Bosch Editor, Barcelona.

MARTÍN CASALS, Miquel (1990), "Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor", en SALVADOR CODERCH, Pablo (director), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 382-411.

MARTÍN-CASALS, Miquel (1990), "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, págs. 1231-1273.

MARTÍN-CASALS, Miquel (2012), "Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("baremo"). Líneas generales de los trabajos de la Comisión de expertos", *Indret* 4/2012 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

MARTÍN-CASALS, Miquel, RIBOT, Jordi (2011), "Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de derecho civil*, volumen 64, N° 2, págs. 503-561.

MARTÍN-CASALS, Miquel, RIBOT, Jordi, SOLÉ FELIU, Josep (2006), "Children as tortfeasors under spanish law", en MARTÍN-CASALS, Miquel (editor), *Children in tort law. Part I: children as tortfeasors*, Springer-Verlag, Viena, págs. 369-413.

MARTÍN CASALS, Miquel, SALVADOR CODERCH, Pablo (1989), "Sentencia de 18 de abril de 1989. Derecho al honor. *Quantum* de la indemnización. Su no revisibilidad en casación", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 21, Editorial Civitas, págs. 751-765.

MARTÍN-CASALS, Miquel (2014), "Sobre la propuesta del nuevo "sistema de valoración de los daños y los perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación": exposición general y crítica", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 50, págs. 41-68.

MARTÍN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIÚ, Josep (2001), "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos", *Indret* 03/2001 (www.indret.com).

MARTÍN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIÚ, Josep (2010), "Comentario a los arts. 1902 y 1903 del CC", en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, págs. 2046-2062.

MARTÍN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIÚ, Josep (2003), "El daño moral", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, págs. 857-881.

MARTÍN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIÚ, Josep (2003), "La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de directivas", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, págs. 921-948.

MARTÍN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIÚ, Josep (2004), "Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003", *Indret* 2/2004 (www.indret.com).

MARTÍN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIÚ, Josep (2007), "SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2006: Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down. El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba. Wrongful birth y wrongful life", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 73, Editorial Civitas, págs. 517-544.

MARTÍN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIÚ, Josep (2002), "SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2002: Responsabilidad de profesionales sanitarios. Responsabilidad contractual del artículo 1.101 CC. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. Inexistencia de una relación de causalidad entre la falta de información del médico y la decisión de no abortar de la paciente. Wrongful birth", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 60, Editorial Civitas, págs. 1097-1122.

MARTÍN CASALS, Miquel (2000), "Una lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo", *Revista Jurídica Española la Ley*, Nº 6 año 2000, editorial La Ley, págs. 1852-1859.

MARTÍN CASALS, Miquel (2005), "Una primera aproximación a los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil", *Indret* 2/2005 (www.indret.com).

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa (1999), "21 de diciembre de 1998. Convenio regulador de los efectos de separación o divorcio. Validez y eficacia de los acuerdos que lo modifican o complementan. Deudas de dinero. Daños moratorios", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 50, págs. 715-732.

MARTÍN PAIVA, Roberto (2004), "Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)", *Pace Law School Institute of International Commercial Law* (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html#286>).

MARTÍN PEREZ, Antonio (1989), "Comentario al art. 1096 CC", en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, EDERSA, Madrid, págs. 272-298.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (2008), "El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español ", *Diario La Ley*, Nº 6999, Sección Tribuna, 29 Jul. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis (2010), "Responsabilidad civil del auditor de cuentas", *Diario la Ley*, nº 7530, sección doctrina, 17 dic. 2010, año XXI, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo (2001), *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Universitat de les Illes Balears, Facultat de Dret. Àrea de Dret mercantil, Palma de Mallorca [tesis inédita].

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo (2007), "The influence of the UNIDROIT Principles on the proposal of the reform of the Spanish Commercial Code", en CASHIN RITAINE, Eleanor, LEIN, Eva (eds.), *The UNIDROIT Principles 2004. Their impact on contractual practice, jurisprudence and codification. Reports of the ISDC colloquium (8/9 june 2006)*, Schulthess, Zürich, págs. 215-230.

MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel (1938), *Obligaciones y contratos*, Cultural S.A., La Habana.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual (1996), *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid.

MARTÍNEZ FONS, Daniel (2005), "Comentario al art. 50 ET", en DEL REY GUANTER, Salvador (director), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, págs. 1043-1061.

MARTÍNEZ MARINA, Francisco (1966), *Obras escogidas de Don Francisco Martínez Marina*, Volumen I, Ediciones Atlas, Madrid.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2011), "Sucesión troncal aragonesa y comparación con la del Derecho vasco ante una eventual reforma", *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, año 11, número 23, 2012, págs. 21-65.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (2007), "El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, nº 5, págs. 47-61.

MARTÍNEZ MAS, Francisco (2007), "¿Es posible el daño moral por defectos de construcción?", *Arte y cemento: revista de la construcción y su entorno*, Nº6, ejemplar de 30 de marzo de 2007, págs. 72 y 73.

MARTÍNEZ MAS, Francisco (2007), "¿Existe daño moral por retraso en la entrega de vivienda?", *Arte y cemento: revista de la construcción y su entorno*, Nº2, ejemplar de 30 de enero de 2007, págs. 52 y 53.

MARTINI, Remo (2008), "Sul risarcimento del «danno morale» in diritto romano II (Ripensamenti)", *Rivista di Diritto Romano*, VIII ([www.ledonline.it/rivistadirittoromano/](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/)).

MARTÍN MORENO, José Luis (2007), "Función consultiva en los procedimientos de creación del derecho. Pérdida de oportunidad y daño moral", *Revista española de la función consultiva*, Nº7, enero-junio (2007), págs. 99-111.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon (1938), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome premier, Librairie Du Recueil Sirey, París.

MAZZAMUTO, Salvatore (2012), "Il danno non patrimoniale contrattuale", *Europa e diritto privato*, Nº 2, 2012, págs. 475-501.

M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia (2008), *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

MCKENDRICK, Ewan (2009), "Comentario a los arts. 7.4.2, 7.4.3 y 7.4.4 PICC", en VOGENAUER, Stefan, KLEINHEISTERKAMP, Jan (editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, págs. 872-879, 880-888, 885-888.

MEDINA ALCOZ, Luis (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Navarra.

MEDINA CRESPO, Mariano (2003), *Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo. El rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa*, Dykinson, Madrid.

MEDINA CRESPO, Mariano (2000), *La bendición constitucional del baremo. Razones y consecuencias. Estudio de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidentes de circulación*, Dykinson, Madrid.

MEDINA CRESPO, Mariano (1998), "La doctrina judicial italiana sobre el daño biológico. Un ejemplo de superación de los obstáculos legales. La experiencia española como término de comparación", *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1819, págs. 857-866.

MEDINA CRESPO, Mariano (2001), "Sentencia de 22 de febrero de 2001. Responsabilidad civil por las graves lesiones sufridas por el cliente de un hotel, causadas al caerse de la terraza de su habitación, por rotura de la barandilla. Presunción no enervada de la culpa del establecimiento hotelero. Resarcimiento por los daños corporales y morales: su autonomía conceptual y su relativa autonomía resarcitoria. La fórmula de los intereses procesales", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 57, págs. 677-699.

MÉNDEZ SERRANO, María del Mar (2008), "Sentencia de 23 de noviembre de 2007: Responsabilidad por omisión del deber de información del profesional sanitario. Posibilidad de utilización de técnicas preventivas por edad avanzada en el estado de gestación. Daño moral a los padres por la falta de información. Inexistencia de daño a la menor por el mero nacimiento", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 77, págs. 853-865.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María (2013), "La responsabilidad patrimonial de la Administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales", en CASARES MARCOS, Ana Belén (coordinadora), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 37-90.

MERINO BAYLOS, Pedro (2001), "Acerca de la posible reclamación de daños morales en acciones por infracción del derecho exclusivo sobre marcas notorias y renombradas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 494 (Comentario), BIB 2001\878, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

MESA MARRERO, Carolina (2014), "El derecho de daños desde una perspectiva de género", en MESA MARRERO, Carolina (directora), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 281-307.

MILÁ RAFAEL, Rosa (2009), "Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda", *Indret*, 1/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1993), "El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina)* (<http://www.acader.unc.edu.ar>).

MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2001), "La obligación y sus elementos esenciales en el Código Civil paraguayo de 1986", *Anuario de Derecho Civil*, número LIV-4, octubre 2001, págs. 1371-1448.

MONJE BALMASEDA, Óscar (2012), "El matrimonio", en LLEDÓ YAGÜE, Francisco (director), *El matrimonio y situaciones análogas de convivencia: crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, Dykinson, S.L., Madrid, págs. 39-50.

MONTÉS PENADÉS, Vicente (2001), "Incumplimiento de la obligación", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>o</sup> Rosario, VERDERA SERVER, Rafael (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 129-141.

MONTÉS PENADÉS, Vicente (2001), "La responsabilidad por incumplimiento", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>o</sup> Rosario, VERDERA SERVER, Rafael (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 143-153.

MONTES PENADÉS, Vicente Luis (1989), "Comentario al art. 1124 CC", en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1<sup>o</sup>, artículos 1088 a 1124 del Código Civil, EDESA, Madrid, págs. 1171-1255.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (2009), "Comentario a los arts. 159 y 162 del TRLGDCU", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, edición de 2009, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 1867-1877, 1901-1945.

MORALES GODO, Juan (2009), *Instituciones del Derecho Civil*, Palestra editores, Lima.

MORALES MORENO, Antonio Manuel (1993), "Comentario al art. 1426 del CC.", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 837-839.

MORALES MORENO, Antonio, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el excmo. sr. d. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del excmo. sr. d. Luis Díez-picazo y Ponce de León*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Lerko Print, S.A., Madrid.

MORALES MORENO, Antonio (2015), "La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 23-46.

MORALES MORENO, Antonio Manuel (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters Civitas, Navarra.



MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006), *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Navarra.

MORALES ORTEGA, José M. (2009), "La incidencia de la Ley de Igualdad sobre la acumulación de acciones y la indemnización por daños y perjuicios", *Actualidad Laboral*, N° 3, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Feb. 2009, Año XXV, tomo I (revista-actualidadlaboral.laley.es).

MORÁN BOVIO, David (1998), "Comentario al art. 7.4.2 Principios UNIDROIT", en MORÁN BOVIO, David (coordinador), *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Aranzadi, Navarra, págs. 358-361.

MORENO GONZALEZ-ALLER, Ignacio (1989), "La desaparición de los tribunales de honor castrenses en la Ley Orgánica 2/1982, de 13 de abril, procesal militar", *Revista de Española de Derecho Militar*, N° 54, tomo I, págs. 227-249.

MORENO PÉREZ, José María (2004), "Algunas consideraciones procesales a la necesidad de hacer posible la compatibilidad de indemnizaciones por daños a derechos fundamentales del trabajador como persona, cuando se ha resuelto el contrato de trabajo. STS de 11 de marzo de 2004", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 75, págs. 283-290.

MORENO VELASCO, Víctor (2011), "El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad", *Diario La Ley*, N° 7609, Sección Doctrina, 12 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-160, Editorial LA LEY, La Ley 3452/2011 (<http://www.laley.es>).

MORENO VELASCO, Víctor (2009), "La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, n° 7163, sección tribuna, 28 abr. 2009, editorial La Ley (<http://www.laley.es>).

MORENO, Victor (2008), "La validez de los acuerdos prematrimoniales", *Diario La Ley*, n° 7049, sección tribuna, 5 nov. 2008, editorial La Ley (<http://www.laley.es>).

MOREO ARIZA, Javier (2007), "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado", *Indret 1/2007* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

MOŽINA, Damjan (2012), "Comentario a los arts. 160 y 161 CESL", en SCHULZE, Reiner (editor), *Common European Sales Law (CESL) -commentary-*, C. H. Beck Hart Nomos, Baden-Baden, págs. 639-645, 645-647.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2004), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes (2004), *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ VILLAREAL, Alberto (2010), "La responsabilidad civil del auditor", *Partida doble*, nº 225 (ejemplar dedicado a: Dossier auditoría II), págs. 52-68.

MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel (1999), "Distinción de la compraventa civil y mercantil en la jurisprudencia", *Aranzadi Civil-Mercantil vol. II (Estudio)* (BIB 1999/1380), (www.westlaw.es).

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas (2009), "La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010", *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), nº 2 de 2009, págs. 131-142.

NAGORE YARNÓZ, Javier (1995), "Comentario a las Leyes 144 a 147 Compilación del Derecho foral civil de Navarra", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVI, vol 2º, Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, págs. 597-607.

NANCLARES, Javier (2002), "Comentario a la Ley 566 Compilación del Derecho Civil de Navarra", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVIII, vol 2º, Leyes 488 a 596 y disposiciones transitorias, adicional y final de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, págs. 357-389.

NAVARRETTA, Emanuela, POLETTI, Dianora (2004), "I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale", en NAVARRETTA, Emanuela (editora), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Giuffrè Editore, Milán, págs. 59-74.

NAVARRO ESPIGARES, José Luís y MARTÍN SEGURA, José Aureliano (2008), *Valoración económica del daño moral. Una metodología aplicable en los accidentes y enfermedades laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid.

NAVAS NAVARRO, Susana (2004), *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones de dar*, Reus S.A., Zaragoza.

NAVAS NAVARRO, Susana (2000), "El resarcimiento de daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)", *Actualidad Civil*, Tomo 2000-4, págs. 1235-1262.

NAVAS NAVARRO, Susana (2009), "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (derecho comunitario y derecho español)", en FERRER VANRELL, María Pilar, MARTÍNEZ

CAÑELLAS, Anselmo (coordinadores), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Dykinson, Madrid, págs. 207-225.

NAVEIRA ZARRA, Maita María (2006), *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual (colección de monografías jurídicas "Gregorio López)*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid.

NIETO ALONSO, Antonia (2006), "Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, Nº 3, 2006, págs. 1115-1198.

NIVARRA, Luca (2012), "La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta", *Europa e diritto privato*, Nº 2, 2012, págs. 475-501.

NÚÑEZ LÓPEZ, Marta, FERREIRO BROZ, María del Mar (2013), "Una aproximación para empresas a la ley orgánica de protección de datos", *Derecom*, nº 15, págs. 93-109.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen (2000), "Responsabilidad contractual y extracontractual: problemas prácticos que presenta esta dualidad", en DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores (coordinadora), *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, págs. 231-272.

NUÑO DE LA ROSA AMORES, Antonio (1993), "Procedimiento civil en la protección de las marcas. Indemnizaciones", en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ANDEMA, *La protección de la marca por los tribunales*, Mateu Cromo, Madrid, págs. 69-139.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (2001), *Compendio de Derecho civil. Tomo II. Obligaciones y Contratos. Volumen 1º*, EDESA, Madrid.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (1990), "El derecho al honor en la evolución jurídica posterior al Código Civil", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, págs. 1547-1559.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2000), "Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena. La indemnización de daños y perjuicios y el "deber de mitigar" "ex" art. 77 CISG. Comentario a la STS de 28 enero 2000 (RJ 2000, 454)", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 5, págs. 203-220.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2006), "Daños provocados por un grupo de menores de edad: ¿quién debe responder? Comentario a la STS de 8 de marzo 2006 (RJ 2006, 1076)", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 17, págs. 247-263.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010), "Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable", *Indret*, 4/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2011), *Privacidad y protección judicial de los datos personales*, Bosch, Barcelona.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (2009), "El contrato de compraventa internacional de mercaderías", *VLEX internacional*, nº 4, enero 2009 (<http://vlex.com/vid/56280361>).

ORTI VALLEJO, Antonio (2002), *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada.

ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María (1992), "Tratamiento jurídico de la enfermedad en las Partidas", *Glossae. Revista de historia del Derecho europeo*, Nº 3, págs. 135-164.

OSER, David (2008), *The Unidroit Principles of international commercial contracts: a governing law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.

OSSORIO MORALES, Juan (2014), "Capítulo 10. Incumplimiento de las obligaciones", en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (coordinador), *Curso de Derecho Civil. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 103-110.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel (2011), *Lecciones de derecho de daños*, La Ley, Madrid.

OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario (2008), *Compendio de Derecho de Las Obligaciones*, Palestra Editores, Lima.

OTERO CRESPO, Marta (2007), "Algunas notas entorno a la responsabilidad civil de los auditores frente a terceros ajenos al contrato de auditoría", *Dereito*, vol. 16, nº 1, págs. 333-351.

OTERO CRESPO, Marta (2013), *La responsabilidad civil del auditor de cuentas. Pure economic losses: daños causados a terceros*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

OVIEDO ALBÁN, Jorge (2002), "Los principios Unidroit para los contratos internacionales", *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Nº 11, págs. 96-125.

PACHECO CAÑETE, Matilde (2011), "La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la recomendación europea de limitación de la responsabilidad", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº. 26, 2011 (BIB 2011/150) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

PACHECO CAÑETE, Matilde (2000), *Régimen legal de la auditoría de cuentas y responsabilidad de los auditores*, Consejo Económico y Social, Madrid.

PANISELLO MARTÍNEZ, Juan (2011), "Comentario art. 232-20 CC Cataluña", en DE PAULA PUIG BLANES, Francisco, SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coordinadores), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, págs. 337-338.

PANIZA FULLANA, Antonia (2012), "Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio", *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 11/2012 (Comentario) (BIB 2012\285) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

PANTALEÓN, Fernando (1993), "Comentario al art. 1902 del CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 1971-2003.

PANTALEÓN, Fernando (1991), "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIV, Fascículo III, julio-septiembre 1991, págs. 1019-1091.

PANTALEÓN, Fernando (1996), *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, S.A., Madrid.

PANTALEÓN, Fernando (1993), "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre 1993, págs. 1719-1745.

PANTALEÓN, Fernando (2005), "Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A critical view "from outside", *Indret*, 3/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

PANTALEÓN, Fernando (1989), "Resolución por incumplimiento e indemnización", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLII, fascículo IV, octubre-diciembre 1989, págs. 1144-1168.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1998), "Comentario al art. 74 CISG", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (director y coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, págs. 579-609.

PANOS PÉREZ, Alba (2010), *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, Barcelona.

PARDO FALCÓN, Javier (2009), "Comentario al art. 18 de la CE", en MANZANO PÉREZ, Mercedes, BORRAJO INIESTA, Ignacio (coordinadores), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Toledo, págs. 414-430.

PARISE, Agustín (2008), "The Place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851", *Louisiana Law Review*, vol. 68, num. 3, págs. 824-929.

PARRA LUCÁN, María Ángeles (2011), "Autonomía de la voluntad y derecho de familia", *Diario La Ley*, Nº 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Editorial LA LEY, LA LEY 13922/2011 (<http://www.laley.es>).

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles (2009), "Comentario a los arts. 128, 129, 134 y 149 del TRLGDCU", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, edición de 2009, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 1609-1621, 1621-1631, 1648-1649, 1757-1761.

PATRICIA ROJAS, Ángela (2011), "La responsabilidad de los PSSI y la libertad de expresión. Jurisprudencia reciente", en CORTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicacions de la Universitat de València, Págs. 283-299.

PAZOS HAYASHIDA, Javier (2004), "Indemnización del daño moral. Art. 1322", en GUTIERREZ CAMACHO, Walter (director), *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo VI, Derecho de obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, págs. 924-930.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1988), *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PEEL, Edwin (2007), *The law of contract*, Sweet & Maxwell, Londres.

PEGUERA POCH, Miquel (2007), *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada.

PEGUERA POCH, Miquel (2007), "«Sólo sé que no sé nada (efectivamente)»: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI", *Revista de los estudios de derecho y ciencia política de la UOC*, número 5, págs. 2-18.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (2006), *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888). Con estudio preliminar, notas y concordancias*, Consejo General del Notariado, Madrid.

PEÑA LÓPEZ, Fernando (2009), "Comentario a los arts. 1902 y 1903 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 2153-2162.

PEÑA Y GONZALO, Lorenzo (2010), "El derecho a la vida conyugal en la sociedad contemporánea", *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, nº 745, págs. 871-899.

PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>. del Pilar (2001), "El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)", *Pace Law School Institute of International Commercial Law* (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>).

PÉREZ FUENTES, Gisela María (2004), "Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España", *Revista de derecho privado*, nueva época, año III, núm. 8, mayo-agosto de 2004, págs. 111-146.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (2007), "Breves notas sobre el Código Civil cubano a propósito de los veinte años de su promulgación. Especial referencia al derecho de obligaciones y contratos", *Revista Cubana de Derecho*, nº 30, diciembre de 2007, págs. 116-130.

PÉREZ MARTÍN, Antonio (1992), "Fuentes romanas en las Partidas", *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo*, Nº. 4, págs. 215-246.

PÉREZ MARTÍN, Antonio (1992), "La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas", *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, nº. 3, págs. 9-63.

PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), *Daño moral por incumplimiento de contrato*, Thomson Aranzadi, Navarra.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo (2013), "El daño", en SERRANO FERNÁNDEZ, María (coordinadora), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, Págs. 316-427.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo (2016), *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Colección Derecho Privado, número 5, Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid.

PETIT LAVALL, M<sup>a</sup> Victoria, BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán (2009), "Contratos sobre la navegación aérea", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Director), MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, QUICIOS MOLINA, Susana (coordinadoras), *Tratado de contratos*, tomo V, edición de 2009, Tirant lo blanch, Valencia, págs. 5431-5509.

PETIT LAVALL, María Victoria (2008), "La relación de causalidad en la responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros", *Revista de Derecho Bancario*, nº 114, 2009 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

PINTO ANDRADE, Cristóbal (2011), "Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil", *Diario La Ley*, Nº 7571, Sección Tribuna, 17 feb. 2011, año XXXII, Editorial La Ley, La Ley 96/2011 (<http://www.laley.es>).

PINTOS AGER, Jesús (2000), "Baremos", *Indret* 1/00 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

PINTOS AGER, Jesús (2000), *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas, Madrid.

PINTOS AGER, Jesús (2003), "Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad", *Indret* 2/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

PIZARRO, Ramón Daniel (2004), *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, Hammurabi, Buenos Aires.

PLANA ARNALDOS, M<sup>a</sup>. Carmen (2015), "Resolución y restitución", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 503-532.

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges (1995), *Traité pratique de droit civil français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J), París.

PLAZA PENADÉS, Javier (2001), "La responsabilidad civil en Internet (su regulación en el Derecho Comunitario y su previsible incorporación al Derecho Español)", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-93, tomo 3 (<http://www.laley.es>).

PLENTEDA, Raffaele (2010), "L'azione risarcitoria", en VIOLA, Luigi (editor), *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, CEDAM, Paudua, págs. 369-390.

PLUMMER, P. Ryan (2003), "Personal Injury and the Louisiana Law of Lease", *Louisiana Law Review*, vol. 64, num. 1, págs. 177-195.

PONCE ALBERCA, Julio, LAGARES GARCÍA, Diego (2000), *Honor de oficiales. Los tribunales de honor en el ejército de la España contemporánea (SS. XIX-XX)*, Ediciones Carena, Barcelona.

PONS GONZÁLEZ, Manuel, DEL ARCO TORRES, Ángel (2003), *Comentarios prácticos a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, Granada.



POZUELO PÉREZ, Laura (2008), "Comentario al art. 61 de la LO 5/2000, de 12 de enero", en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO Julio (director), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Civitas, Navarra, págs. 547-556.

POZUELO PÉREZ, Laura (2008), ""Comentario al art. 62 de la LO 5/2000, de 12 de enero", en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO Julio (director), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Civitas, Navarra, págs. 556-558.

PRAGER, Sarah (2011), "Pioneering passengers' rights: legislation and jurisprudence from the aviation sector", *Era Forum*, 19 de mayo de 2011 (<https://www.era.int>), págs. 301-320.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (2008), "El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Diario la Ley*, N° 6978, Sección Tribuna, 30 Jun. 2008, Año XXIX, Ref. D-201, Editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

PUIG FERRIOL, Luis (1990), "Capítulo XI, de los regímenes de la comunidad", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXVII, vol 2º, comentario a los artículos 52 a 96 de la Compilación de Cataluña, Edersa, Madrid, págs. 1-8.

QUICIOS MOLINA, María Susana (2012), "Sentencia de 15 de julio de 2011. Incumplimiento de contrato de edificación por constructora y directores técnicos de la obra. Reclamación del daño moral sufrido por los socios de la cooperativa de vivienda que encargó la obra. Inexistencia de daño moral en el caso", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 89, 2012, págs. 309-332.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, TAMARIT SUMALIA, Josep María (2005), "Comentario a los artículos 110 y 113 del CP", en MORALES PRATS, Fermín (coordinador), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, págs. 600-601, 607-611.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe (2000), "Sentencia de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 52, editorial Civitas, págs. 153-163.

RALLO LOMBARTE, Artemi (2009), "La garantía del derecho constitucional a la protección de datos personales en los órganos judiciales", *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n° 5, págs. 97-116.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (2013), "Daño", en SALVADOR CODERCH, Pablo (Ed.), *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, Indret ([www.indret.com](http://www.indret.com)), págs. 187-238.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (2015), "Daño moral por falta de consentimiento informado", en GÓMEZ POMAR, Fernando, MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, págs. 435-469.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, LUNA YERGA, Álvaro (2004), “Los baremos como paradigma de valoración de daños personales. Comentario a la STS, 1ª, 20.6.2003. Ponente: Francisco Marín Castán”, *Indret* 01/2004 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (2015), “Pautas de valoración del daño moral (Sistema legal de valoración de daños personales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida)”, en GÓMEZ POMAR, Fernando, MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, págs. 127-187.

RAMOS MAESTRE, Áurea (2012), “La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coordinador), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson S.L., Madrid, págs. 383-407.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2013), “Prestaciones personales del menor de edad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num. 9/2013 (doctrina) (BIB 2013\16) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (2008), “Derecho civil de Galicia: presente y futuro”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 46, julio-diciembre 2008, págs. 11-43.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, SATOR, Carlos Eduardo (2013), *El derecho a la protección de datos en España y Argentina. Orígenes y regulación vigente*, Dykinson, Madrid.

REYNAUD, Gianni (2009), “Il danno non patrimoniale dopo l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite: qualche certezza e molti dubbi”, en PONZANELLI, Giulio, BONA, Marco (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Giuffrè Editore, Milán, págs. 371-387.

RIBEIRO, Robert (2005), *Commercial Litigation: Damages & Other Remedies for Breach of Contract*, Thorogood Publishing Ltd., Londres.

RIBOT IGUALADA, Jordi (2010), “Comentario al art. 1263 CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, págs. 1384-1385.

RIBOT IGUALADA, Jordi (2009), “La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectivas de futuro”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 7/20098/2009, parte estudio (BIB 2009/695) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

RINALDI, Manuela (2010), “Il danno (patrimoniale e non) nei singoli contratti”, en VIOLA, Luigi (editor), *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, CEDAM, Paudua, págs. 791-1013.

RIVES SEVA, José María (2004), "Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria. Cuestiones de derecho sustantivo y procesal en la materia", *Revista la Ley*, N° 6011, 5 de mayo 2004, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

ROCA TRIAS, Encarnación (2011), "El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, N° 2132, junio de 2011 ([www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)).

ROCA I TRIAS, Encarna (2001), "La responsabilidad civil extracontractual", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M° Rosario, VERDERA SERVER, Rafael (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 299-308.

ROCA I TRIAS, Encarna (2001), "La responsabilidad objetiva", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M° Rosario, VERDERA SERVER, Rafael (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 353-367.

ROCA I TRIAS, Encarna (2014), *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ROCA I TRIAS, Encarna (2001), "Presupuestos para el nacimiento de la obligación de reparar: el daño y la relación de causalidad", en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M° Rosario, VERDERA SERVER, Rafael (coordinadores), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, edición de 2001, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 329-340.

ROCA TRÍAS, Encarna, NAVARRO MICHEL, Mónica (2011), *Derecho de daños, textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto Moreno (2008), "Contribución en 9 movimientos al estudio de la culpa en el Código Civil Paraguayo", en NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Victor Manuel (director), *Responsabilidad civil daños y perjuicios. Doctrina nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*, Division de investigacion, legislacion y publicaciones centro internacional de estudios judicial, Asunción, págs. 117-156.

RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio (2005), "La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral", *Vniversitas*, n° 109, págs. 239-259.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano (2007), "El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Una breve aproximación al tema", *Revista E-Mercatoria*, Volumen 6, n°2 de 2007 (<http://www.emercatoria.edu.co/>).

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2006), "Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo? Comentario a la STS, 2ª, 24.2.2005", *Indret* 2/2006 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2010), "De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)", *Revista la Ley*, Nº 7582, 4 Marzo de 2011, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (1996), *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2006), "Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2614)", *Revista de derecho patrimonial*, Nº 16, págs. 277-285.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2003), "Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)", *Anuario de derecho civil*, Tomo 56, Fascículo nº 2, 2003, págs. 829-848.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2008), "La reparación del daño moral en la contratación inmobiliaria", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, Nº 30, págs. 141-163.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2000), "¿Quid de nuevo sobre el derecho al honor de las personas jurídicas?", *Revista Jurídica Española la Ley*, Nº 2 año 2000, editorial La Ley, págs. 1614-1619.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2009), *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Reuters Civitas, Navarra.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro (2005), *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*, Dijusa, Madrid.

RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P. (2001), "El derecho civil en Galicia, la ley de derecho civil de Galicia y el futuro derecho civil de Galicia: apuntes, ideas y sugerencias", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, págs. 735-758.

RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P. (2003), "Problemática jurídica en materia de serventías: diversas consideraciones generales en torno a su regulación actual y futura", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7, págs. 1005-1018.

RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P. (2011), "Regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial del daño "aquiliano" en roma. Aspectos generales de una experiencia histórica", *Revista General de Derecho Romano*, Nº 16 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

RODRÍGUEZ MORATA, Federico (2009), "Comentario al art. 1591 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 1846-1851.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno (2011), "Comentario al art. 1104 CC", en ORDUÑA MORENO, Javier, PLAZA PENADÉS, Javier, RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (coordinadores), *Código Civil comentado*, volumen III, libro IV de las obligaciones y contratos, teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444), Thomson Reuters Civitas, Navarra, págs. 116-120.

ROGERS, Horton (2005), "Comentario al art. 10:301 PETL", en EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer Wien, New York, págs. 171-179.

ROIG TORRES, Margarita (2010), *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael (2015), "La responsabilidad civil del transportista en el contrato de pasaje aéreo: Especial consideración a la indemnización de los daños personales", en ORTI VALLEJO, Antonio, GARCÍA GARNICA, María del Carmen (directores), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 601-685.

ROMERO COLOMA, Aurelia María (2010), "Daños civiles entre cónyuges y excónyuges", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 800/2020, Aranzadi, Navarra, BIB 2010/1287 ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

ROMERO COLOMA, Aurelia María (2002), "En torno a la responsabilidad civil de los padres (a propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, págs. 2391-2404.

ROMERO COLOMA, Aurelia María (2009), "Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica", *Revista la Ley*, N°7231, 1 de septiembre de 2009, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

ROMUALDI, Emilio Elías (2009), "Contrato de transporte aéreo, la responsabilidad contractual y el resarcimiento del daño", *Revista científica Equipo Federal del Trabajo*, N° 50, (<http://vlex.com>).

ROSADO IGLESIAS, Gema (2004), *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ROSSI, Rita (2011), "Il danno morale", en CENDON, Paolo (director), *Danni in generale integrità fisica e psichica criteri del risarcimento*, Volume primo, Cedam, Padua, págs. 3-14.

ROVIRA SUERIO, María E. (1999), *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cedecs, Barcelona.

ROWAN, Solène (2012), *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford University Press, Nueva York.

RUBIO GARRIDO, Tomás (2005), "Sentencia de 22 de abril de 2004. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitoria y estimatoria. *Aliud pro alio*. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universalidad de cosas o en globo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 67, págs. 183-195.

RUBIO TORRANO, Enrique (2012), "Cancelación de vuelo y compensación económica", *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 10/2012 (tribuna) (BIB 2012/98) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

RUBÍ PUIG, Antoni (2015), "Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial", en GÓMEZ POMAR, Fernando, MARÍN GARCÍA, Ignacio (directores), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Walter Kluwer, S.A., Barcelona, págs. 653-702.

RUGGIU, Claudia (2010), "Il danno risarcibile", en VIOLA, Luigi (editor), *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, CEDAM, Paudua, págs. 443-566.

RUIZ BALCÁZAR, Mónica Victoria (2008), "El precio del honor", *Revista Letras Jurídicas*, nº 18, julio 2008, págs. 1-20.

RUIZ JIMÉNEZ, Juana (2011), "La responsabilidad civil de los menores: una cuestión para el debate", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, num. 725, mayo 2011, págs. 1727-1738.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, PASTOR VITA, Francisco Javier (2002), "Los daños cubiertos por la LOE. El concepto de "daños materiales en el edificio" y su posible justificación. Los sujetos dañados: legitimación activa para reclamar la reparación", en RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa (coordinadores), *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, Granada, págs. 65-86.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia (2002), "Comentario a la Ley 65 Furo Nuevo de Navarra", en RUBIO TORRANO, Enrique (director), *Comentarios al Furo Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, págs. 177-183.

RUSCICA, Serafino (2010), "La quantificazione delle tipologie di danni risarcibili", en VIOLA, Luigi (editor), *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, CEDAM, Paudua, págs. 589-681.

SAIDOV, Djakhongir (2005), "Damages: the need for uniformity", *Journal of Law and Commerce*, vol. 25, University of Pittsburgh (<http://jlc.law.pitt.edu/ojs/index.php/jlc/index>), págs. 393-403.

SAINZ MORENO, Fernando (1991), "Transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales (sobre la reforma del parágrafo 847 del código civil alemán y la situación en el derecho español)", *Revista de Administración Pública*, nº 124, enero-abril 1991, págs. 445-457.

SALAS CARCELLER, Antonio (2007), "La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad", en SEIJAS QUINTANA, José Antonio (coordinador), *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Madrid, págs. 415-448.

SALÁS DARROCHA, Josep Tomás (2005), "Las acciones de wrongful Birth y wrongful life en el derecho y jurisprudencia españoles", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº. 11/2005, parte Artículo (BIB 2005\1702) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

SALGADO SUÁREZ, Félix (2013), *Viaje combinado y daño moral*, Bubok Publishing S.L., Madrid.

SALIERS, Earl A. (1931), "The Louisiana Civil Code", *Accounting Review*, Dec 31, Vol. 6, Issue 4, págs. 294-297.

SALINAS QUIJADA, Francisco (2002), "Comentario a la Ley 147 Fuero Nuevo Navarra", en RUBIO TORRANO, Enrique (director), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Navarra, págs. 434-436.

SALVADOR CODERCH, Pablo, CASTIÑEIRA PALOU, M.<sup>a</sup> Teresa (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid.

SALVADOR CODERCH, Pablo (1993), "Comentario art. 1591 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo II, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 1189-1196.

SALVADOR CODERCH, Pablo, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2005), "El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes", *Indret*, 1/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

SALVADOR CODERCH, Pablo (1990), "El concepto de difamación en sentido estricto. 3. Relativo a una persona", en SALVADOR CODERCH, Pablo (director), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 201-224.

SALVADOR CODERCH, Pablo (2003), "La libertad de comprometerse. Un alegato analítico. Recensión a 'The law and economics of marriage and divorce', the Anthony W. Dnes y Robert Rowthorn", *Indret*, 01/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

SALVADOR CODERCH, Pablo (2003), "Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras", *Indret*, 2/2003 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

SALVADOR CODERCH, Pablo (2000), "Punitive damages", *Indret*, 01/2000 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

SÁNCHEZ ALCARAZ, Eugenio (2011), "Comentario a los arts. 1101 y 1106 del CC", en MARTORELL ZULUETA, Purificación (coordinadora), *Código Civil, jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1218-1231, 1244-1249.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (2009), "comentario a los arts. 1101, 1106 y 1107 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil*, edición de 2009, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 1315-1318, 1306-1313.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia (1998), *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Paz (2006), "El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica", *Revista de Derecho Privado*, N° 7-8, julio-agosto, págs. 27-53.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Paz (2013), "Responsabilidad de la Administración por daños morales", en CASARES MARCOS, Ana Belén (coordinadora), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 763-810.

SÁNCHEZ GUEVARA, Sissy (2012), *La responsabilidad jurídica civil del notario en Cuba. Fundamentos legales y doctrinales para su exigencia*, Editorial Académica Española, Saarbrücken.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Luis Carlos (2012), "Reflexiones en torno a las funciones de la condena por daños extrapatrimoniales a la persona a partir del estudio de la "iniuria" del derecho romano clásico", *Revista de Derecho Privado*, n° 23, julio-diciembre, págs. 333-376.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes (2011), *El contrato de hospedaje de página web*, Tirant lo Blanch, Valencia.



SÁNCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, SÁNCHEZ MEDAL, Jaime Inchaurreandieta, SALANUEVA BRITO, Luis Ariel (2010), "El daño moral y el perjuicio moral", *Revista el mundo del abogado*, nº 132, abril 2010, págs. 48-51.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2010), "Comentario art. 113 CP", en SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coordinador), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepín, Madrid, págs. 798-809.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), "La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las Bermudas", en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España. Incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Atelier, Barcelona, págs. 448-482.

SANCHO REBUDILLA, Francisco De Asís (1993), "Comentario al art. 659 CC", en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Candido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), *Comentario del Código Civil*, tomo I, edición de 1993, Ministerio de Justicia, secretaría general técnica centro de publicaciones, Madrid, págs. 1660-1663.

SANCHO REBUDILLA, Francisco De Asís (1990), "Comentario a la Ley 65 Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVI, vol 1º, Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, págs. 288-298.

SANCHO REBUDILLA, Francisco De Asís (1990), "El Código Civil en la Codificación Civil Navarra", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, págs. 1979-1993.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula (2010), "Comentario al art. 1124 del CC", en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (director), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, págs. 1247-251.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula (2011), "La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, págs. 1685-1724.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula (2004), *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

SANTOS BRIZ, Jaime (2006), "Comentario a los arts. 1106 y 1107 del CC", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coordinador), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, arts. 1088 al 1314, 2ª edición, Bosch, Barcelona, págs. 184-202.

SANTOS BRIZ, Jaime (1984), "Comentario a los arts. 1902, 1903 y 1904 del CC", en ALBADALEJO, Manuel, DIEZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XXIV, artículos 1887 a 1929 del Código Civil, Edersa, Madrid, págs. 99-603.

SANTOS BRIZ, Jaime (2001), *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, recurso electrónico (VLEX-389265) (<http://vlex.com>).

SANZ ACOSTA, Luis (2012), "La cancelación de vuelo y sus consecuencias conforme a la Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011", *Actualidad Civil*, nº 5, Sección Práctica Profesional, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012 (<http://www.laley.es>).

SAVANNA, Lidia (2008), *Contratti di viaggio e responsabilità. Il danno da vacanza rovinata*, G. Giappicheli Editore, Turín.

SCOGNAMIGLIO, Claudio (2009), "Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite", en PONZANELLI, Giulio, BONA, Marco (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè Editore, Milán, págs. 451-468.

SCHIEK, Dagmar (2012), "European Union non-discrimination law: a multidimensional perspective", en CAMACHO CLAVIJO, Sandra, DE LAMA Y AYMÁ, Alejandra (coordinadoras), *Iguals y diferentes ante el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 61-82.

SCHULTE-NÖLKE, Hans (2012), "Comentario art. 2 CESL", en SCHULZE, Reiner (editor), *Common European Sales Law (CESL) -commentary-*, C. H. Beck Hart Nomos, Baden-Baden, págs. 13-30.

SCHWARTZ, Gary (2001), "Damages under US law", en MAGNUS, U. (editor), *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, Londres, págs. 175-182.

SCHWENZER, Ingeborg (2010), "Comentario art. 74 CISG", en SCHWENZER, Ingeborg (editor), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª edición, Oxford, págs. 999-1026.

SECO CARO, Enrique (2008), "Contenido, incumplimiento y extinción del contrato mercantil de compraventa", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (coordinador), *Derecho Mercantil II*, Ariel, Barcelona, págs. 314-333.

SECO CARO, Enrique (2009), *El contrato mercantil de compraventa*, Marcial Pons, Madrid.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio (2010), "Responsabilidad civil médico sanitaria", en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (coordinador), *Supuestos de responsabilidad civil (médico-sanitaria, transporte de viajeros y mercancías y leyes especiales)*, La Ley, Wolters Kluwer España, Madrid, págs. 7-309.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio (2007), "Responsabilidad civil. Principios y fundamentos", en SEIJAS QUINTANA, José Antonio (coordinador), *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Madrid, págs. 17-67.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio, SACRISTÁN REPRESA, Guillermo (2007), "Responsabilidad civil. Construcción y proceso", en SEIJAS QUINTANA, José Antonio (coordinador), *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Madrid, págs. 183-271.

SELLA, Mauro (2010), *I danni non patrimoniali*, Giuffrè Editore, Milán.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., CHARRO BAENA, Pilar, MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina (2009), *Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

SEMPERE RODRÍGUEZ, César (1996), "Comentario al art. 18 CE", en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, artículos 10 a 23, Edersa, Madrid, págs. 383-482.

SERNA MERONÑO, Encarna (2000), "Comentario al art. 113 CP", en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, artículos 95 a 137, págs. 271-313.

SERRANO ALBERCA, José Manuel (2001), "Comentario al art. 18.1 CE", en GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, págs. 351-365.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (2002), "Comentario a los artículos 110 y 113 del CP", en DEL MORAL GARCÍA, Antonio, SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coordinadores), *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, tomo I, Comares, Granada, págs. 1122-1123, 1130-1139.

SERRANO CASTRO, María Dolores (2012), "Tendencias jurisprudenciales sobre cancelación de vuelos", *Iuris*, nº 173, sección análisis (<http://www.laley.es>).

SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup>. Eugenia (2011), "La responsabilidad civil del menor de edad: supuestos de moderación", *Actualidad Civil*, Nº 15 (<http://www.laley.es>).

SERRANO GÓMEZ, Eduardo (2005), "Contrato de cambio. Daños morales. STS (sala 1<sup>a</sup>) de 17 de febrero de 2005", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, págs. 113-115.

SERRANO OLIVARES, Raquel (2006), "La indemnización por los daños y perjuicios derivados del acoso moral: una lectura constitucionalmente orientada de la responsabilidad civil por daños", en PUMAR BELTRAN, Nuria (coordinadora), *La responsabilidad laboral del empresario : siniestralidad laboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, págs. 263-298.

SERRANO RUIZ, Miguel Ángel (2012), "Daño moral por vicios en la construcción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011 (RJ 2011, 5123)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 29, págs. 623-645.

SERRANO RUIZ, Miguel Ángel (2012), "Precios y condiciones del transporte aéreo. Comentario a la STJUE de 13 de octubre de 2011 (TJCE 2011, 311)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 28, págs. 477-505.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles (2005), "Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento "Roma II", *Indret* 1/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

SOLÉ FELIÚ, Josep (2009), "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español", *Indret* 1/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

SGANGA, Caterina (2009), "Dal tramonto all'alba: l'art. 2059 c.c. ed il riordino del dopo-principio", en PONZANELLI, Giulio, BONA, Marco (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Giuffrè Editore, Milán, págs. 469-477.

SOLÉ RESINA, Judith (2010), "El régimen económico matrimonial de participación en las ganancias", en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, YSÁS SOLANES, María, SOLÉ RESINA, Judith (autores), *Derecho de familia vigente en Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 195-205.

SOLER PRESAS, Ana (2009), "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", *Indret*, 2/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

SOLER PRESAS, Ana (2004), "SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2003. Determinación de la indemnización debida por el vendedor que no entrega la mercancía", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 64, págs. 133-148.

SOLER VALDÉS-BANGO, Alfredo (2005), *El contrato de viaje combinado*, Thomson Aranzadi, Navarra.

STONE, Richard (2011), *The modern law of contract*, Routledge, London.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2010), "Comentario al art. 2:104 DCFR", en VON BAR, Christian, CLIVE, Eric (editors), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference*, vol. 1, edición de 2010, Oxford University Press, New York, págs. 188-195.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2010), "Comentario a los arts. 3:701 y 3:703 DCFR", en VON BAR, Christian, CLIVE, Eric (editors), *Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference*, vol. 1, edición de 2010, Oxford University Press, New York, págs. 915-923, 928-934.

SULAIMAN, Abdussamad (2015), *Auditor Liability to third parties in Spain and The United States: A comparative study*, Universidad Pablo de Olavide, Departamento de Derecho Privado, Sevilla [tesis inédita].

TALLON, Denis (2004), "Comentario a los arts. 7.42, 7.43 y 7.4.4 PICC", en INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (editor), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Aranzadi, Navarra, págs. 241-244, 244-246, 246-247.

TAMAYO HAYA, Silvia (2011), "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de familia", en LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, OTERO CRESPO, Marta (coordinadoras), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 759-804.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (2007), "Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 700, marzo-abril 2007, págs. 839-847.

TERUEL LOZANO, Germán M. (2011), "El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible", en CORTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicacions de la Universitat de València, Págs. 52-87.

THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (2000), "Comentario a los arts. 9:501 y 9:503 PECL", en LANDO, Ole, BEALE, Hugh (editors), *Principles of european contract law*, parts I and II, edición de 2000, Kluwer Law International, The Hague, págs. 434-438, 441-443.

THE LAW COMMISSION DAMAGES FOR PERSONAL INJURY (1998), "Damages for personal injury: non-pecuniary loss. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform:

Damages”, *Law Commission Reforming the Law*, Law Com No 257 (<http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/damages-for-personal-injury-collateral-benefits.htm>).

THE LAW COMMISSION DAMAGES FOR PERSONAL INJURY (1996), “Damages for personal injury: non-pecuniary loss. A consultation paper”, *Law Commission Reforming the Law*, consultation paper No 140 (<http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/damages-for-personal-injury-collateral-benefits.htm>).

TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier (2008), “El contrato de seguro”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (coordinador), *Derecho mercantil II*, Ariel, Barcelona, págs. 669-705.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1997), *Obras completas III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2012), “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, *Indret* 1/2012 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

TORRALBA MENDIOLA, Elisa (2009), “Sentencia de 12 de enero de 2009 (RJ 2009, 544)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 81, Editorial Civitas, págs. 1189-1199.

TORRES KIRMSER, José Raúl (2008), “La responsabilidad civil: Una materia en constante evolución. La responsabilidad sin culpa”, en NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Victor Manuel (director), *Responsabilidad civil daños y perjuicios. Doctrina nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*, Division de investigacion, legislacion y publicaciones centro internacional de estudios judicial, Asunción, págs. 36-52.

TREITEL, Guenter H. (1976), “Chapter 16. Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)”, en VON MEHREN, Arthur (Chief editor), *International encyclopedia of comparative law. Under the auspices of the International Association of Legal Science*, Volume VII, Contracts in general, Oceana, The Hague.

TREITEL, Guenter (1989), *Remedies for breach of contract. A comparative account*, Clarendon Press Oxford, Nueva York.

TREITEL, Guenter (2000), *The law of contract*, Sweet & Maxwell, London.

TRIGO GARCÍA, Belén (2006), “EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.): Principles of European Tort Law: Text and Commentary, Wien-New York, Springer, 2005, 282 páginas. ISBN 321123084-X”, *Anuario de Derecho Civil*, Número LIX-1, Enero de 2006, págs. 314-316.

URBANO CASTRILLO, Eduardo (2008), "La responsabilidad médica por el resultado: el caso de los odontólogos", *Revista la Ley*, Nº 6880, 11 de feb. 2008, Ref. D-39, editorial LA LEY (<http://www.laley.es>).

URBANO GÓMEZ, Susana (2002), "El régimen de responsabilidad civil "ex delicto" de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000 (RCL 2000, 90), reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº. 7/2002, parte Comentario (BIB 2002/1033) ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

URBANO SALERNO, Marcelo, A. R. LAGOMARSINO, Carlos (2000), *Código Civil Argentino y Legislación Complementaria*, Heliasta, Viamonte.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M. (2005), "El Derecho Civil vasco: nuevas perspectivas", *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año 3, nº 6, 2005, págs. 5-20.

VALDÉS DÍAZ, Caridad, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Martha, RAMÍREZ PASTOR, Yokanda (1998), "Propiedad, patrimonio y derecho de autor", *Revista Cubana de Derecho*, nº 12, diciembre 1998, págs. 151-159.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (2007), *Comentarios a la Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (2012), *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (2004), "La frustración del interés del acreedor y el incumplimiento de la obligación", en CAPILLA RONCERO, Francisco (coordinador), *Introducción al Derecho patrimonial privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 275-277.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (2013), "La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, págs. 199-216.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (2012), *Código de Comercio y legislación complementaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

VAQUER ALOY, Antoni (2011), "El principio de conformidad: ¿Supraconcepto en el Derecho de obligaciones?", en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España. Incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Atelier, Barcelona, págs. 369-399.

VAQUER ALOY, Antoni (2003), "Incumplimiento del contrato y remedios", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, págs. 525-554.

VAQUERO PINTO, María José (2009), "Contrato de servicios del médico", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Director), MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, QUICIOS MOLINA, Susana (coordinadoras), *Tratado de contratos*, tomo I, edición de 2009, Tirant lo blanch, Valencia, págs. 3561-3603.

VARIZAT, Andrés Federico (2010), "Aspectos actuales del principio de la reparación integral y la extensión del resarcimiento en el incumplimiento contractual", *Cuaderno de Obligaciones*, Nº 4, daños en el incumplimiento obligacional, págs. 83-131.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos (2005), "Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, nº 3, págs. 57-68.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (2013), "Daños causados por el incumplimiento de la ley en el tratamiento de datos personales. Concordancias, discordancias y concurso de normas", *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 112 (<http://www.laley.es>).

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía (2013), "La prevención de la responsabilidad: el seguro", en SERRANO FERNÁNDEZ, María (coordinadora), *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, Págs. 523-602.

VEGA CARDONA, Raúl José, ORDELÍN FONT, Jorge Luis (2012), "Presupuestos para la determinación del *quantum* indemnizatorio del daño moral en cuba. Perspectivas para una reforma", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, volumen I, número 8, págs. 284-301.

VEGA MERE, Yuri (2010), "La labor de Carlos Fernández Sessarego en el reconocimiento del daño a la persona. Influencias filosóficas y jusfilosóficas", en CERVANTES LIÑÁN, Luis, RIVERA ORÉ, Jesús Antonio (coordinadores), *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*, Motivensa SRL, Lima, págs. 101-123.

VEIGA COPO, Abel B. (2014), *Tratado del contrato de seguro. Tomo I*, Thomson Reuters Civitas, Navarra.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José (2004), *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Granada.

VERA SANTOS, José Manuel (1998), *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.



VERDERA SERVER, Rafael (2015), "Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización de Código Civil. Una visión general", en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (coordinadoras), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 47-94.

VETTORI, Giuseppe (2009), "Danno non patrimoniale e diritti inviolabili", en PONZANELLI, Giulio, BONA, Marco (editores), *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Giuffrè Editore, Milán, págs. 527-543.

VICENT CHULIÁ, Francisco (1974), "Delimitación del concepto de compraventa mercantil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 50, número 500, págs. 75-146.

VIDAL MARÍN, Tomás (2007), "Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional", *Indret* 1/2007 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2001), "La responsabilidad civil", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Lima, Nº 54, págs. 389-399.

VIGURI PEREA, Agustín (2007), *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado (derecho español, derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convención de Viena)*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

VINEY, Geneviève (2008), *Introduction à la responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), París.

VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice (2010), *Les effets de la responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), París.

VON BAR, Christian (1998), "The notion of damage", en AA.VV. HARTKAMP, Arthur (editor), *Towards a European civil code*, 2ª edición, Kluwer Law International, The Hague, págs. 387-399.

WOOLKOT OYAGUE, Olenka (2010), "La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona: los dos cambios más profundos en el sistema de responsabilidad civil", en CERVANTES LIÑÁN, Luis, RIVERA ORÉ, Jesús Antonio (coordinadores), *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*, Motivensa SRL, Lima, págs. 305-315.

XIOL BARDAJÍ, María (2010), "Monetarización de los daños por "vacaciones frustradas" en Derecho alemán y Derecho español", *Indret*, 4/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

XIOL RIOS, Juan Antonio (2010), "El daño moral y la pérdida de oportunidad", *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 1, Vol. 109, págs. 9-38.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2009), *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el Marco del derecho europeo de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

YIANNPOULOS, A. N. (2008), "The Civil Codes of Louisiana", *Civil Law Commentaries*, Vol. 1, issue 1, págs. 1-23.

YUQING, Zhang, DANHAN, Huang (2000), "The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison", *Uniform Law Review*, 2000-3, págs. 429-440.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001), *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid.

ZIVIZ, Patrizia (2011), *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Giuffrè Editore, Milán.